

München-1960

**Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlich-
erklärung von Tarifverträgen als Problem
des Geltungsbereichs
autonomer Normensetzung**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Manfred Lieb

1960



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlich-
erklärung von Tarifverträgen als Problem
des Geltungsbereichs
autonomer Normensetzung**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Manfred Lieb

1960



Referent: Prof.Dr.iur.,Dr.rer.pol.h.c.Alfred Hueck

Correferent: Prof.Dr.iur.Siegfried Grundmann

Tag der mündlichen Prüfung: 25.Februar 1960
(Schlußberatung)

MEINEN ELTERN

Inhaltsübersicht

Erster Abschnitt

Einleitung

§ 1	<u>Vorbemerkung</u>	1
	Die gegenwärtige gesetzliche Regelung - die AVE auf der Grenzlinie zwischen Verwaltungs- und Arbeitsrecht	
§ 2	<u>Historischer Rückblick</u>	3
	Die Regelung der Tarifvertragsverordnung - die AVE als Korrelat der Unabdingbarkeit - die Kontroverse um den Zeitpunkt des Außerkrafttretens der AVE im Zusammenhang mit ihrer Rechtsnatur (Gesetzes - contra Vertragstheorie)	
§ 3	<u>Die heutige Problemstellung</u>	9
	Die Rechtsnatur der AVE als entscheidende Vorfrage für die gerichtliche Zuständigkeit - die AVE als Annex autonomer Normensetzung - Feststellung, daß die Erfassung der Außenseiter nur auf allerdings u.U. delegierter hoheitlicher Gewalt beruhen kann	

Zweiter Abschnitt

Die AVE als Teilstück autonomer Normensetzung

§ 4	<u>Die AVE als Delegationsakt</u> (Die Theorie von Herschel)	14
	Die Außenwirkung autonomer Normen - die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Tariftmacht - die (nachträgliche) Verleihung absoluter Tariftmacht durch Verwaltungsakt - die AVE als Heilung schwebender Unwirksamkeit - Bedenken gegen diese Konstruktion - Widerlegung durch den staatsrechtlichen Grundsatz, daß Rechtssetzungsbefugnisse nur durch normativen Akt verliehen werden können	

- § 5 Die AVE als Geltungsbedingung der tariflichen Normen gegenüber den Außenseitern (Die Theorie von Bogs) 23
- Die "erweiterte" Autonomie als moderne Form abgeleiteter außerstaatlicher Rechtssetzung - die Tarifaautonomie im Rahmen einer ins Öffentliche Recht hinaufreichenden sozialen Selbstverwaltung
- § 6 Die Theorie vom Hineinwachsen der Sozialpartner in öffentliche Aufgaben (Nikisch) 29
- Die Bedeutung der Tarifverträge für das Gemeinwohl - die tarifliche Normensetzung als Erfüllung öffentlicher Aufgaben - die Tarifaautonomie als vom Staat delegierte soziale Selbstverwaltung - Widerlegung durch die historische Entwicklung und die gegenwärtige soziologisch-politische Stellung der Tarifvertragsparteien - Ergebnis
- § 7 Übersicht über den Begriff der autonomen Normensetzung 36
- Das Problem der wesensmäßigen Grenzen der Autonomie und ihre Unterscheidung von delegierter Rechtssetzung - Untersuchung des öffentlich-rechtlichen Schrifttums - die Verbandsgewalt als historisches Element der Autonomie - die Bedeutung der Verbandsgewalt für die wesensmäßige Begrenzung der Autonomie - Folgerungen für den Begriff der "erweiterten" Autonomie
- § 8 Die rechtliche Qualität eigenständiger Verbandsregelungen gemessen am Begriff des Rechtssatzes 46
- I. Das eigene Regelungsbestreben organisierter Zweckgemeinschaften - ihr Bestreben die unmittelbare gesetzesgleiche Wirkung auch für die Gruppennormen zu erreichen - die dadurch hervorgerufene Kollision mit dem Monopolstreben der Universalgemeinschaft
- II. Der herkömmliche Gegensatz zwischen Rechtsgeschäft und Norm - die Überwindung dieses Gegensatzes im soziologischen Bereich 49

III. Der Begriff des Rechtssatzes -
Geltungsanspruch und Geltungskraft -
die Verleihung selbstherrlich-unmit-
telbarer Geltung als Monopol des
Staates

52

§ 9 Die (Tarif-) Autonomie als von echter
delegierter Rechtssetzung wesensver-
schiedener Sonderfall abgeleiteter
Rechtssetzung

I. Unterscheidung zwischen der (mate-
riellen) Regelungsbefugnis und der
(formellen) Befugnis zur Verbindlich-
erklärung bzw. zwischen Normenschöp-
fung und Normensetzung - inhaltliche
Normenschöpfung im Gegensatz zur for-
mellen Normensetzung kein Staatsmono-
pol - die daraus abgeleitete Unter-
scheidung zwischen autonomer und dele-
gierter Rechtssetzung

57

II. Die Tarifautonomie als Musterbei-
spiel eigenständiger, nur noch der
förmlichen Rechtssatzqualität ent-
behrender autonomer Normenschöpfung -
der Satzungscharakter der Tarifnor-
men - die Sanktionstheorie - Folge-
rungen für die extreme Delegations-
theorie

63

§ 10 Verfassungsrechtliche Beschränkungen
abgeleiteter Rechtssetzung

69

Die Zulässigkeit abgeleiteter Rechts-
setzung gemessen am Funktionsbereich
des Art. 80 GG bzw. des Grundsatzes der
Gewaltenteilung - Die Ausnahmestellung
echter autonomer Rechtssetzung - Fol-
gerungen für § 3 Abs. 2 TVG

Dritter AbschnittDie AVE als Unterwerfungsbefehl gegen-
über den Außenseitern

76

§ 11 Die rechtliche Qualifizierung dieses
Unterwerfungsbefehls

Das rechtliche Betroffensein der Außen-
seiter - die grundsätzliche Abgrenzung
zwischen Rechtsverordnung und Verwal-
tungsakt - die Einordnung der sog. All-
gemeinverfügung - die Unbrauchbarkeit
des Merkmals "Regelung eines Einzel-
falls" - die AVE als abstrakter und
genereller Akt - keine Beeinträchti-
gung der Tarifoheit durch das (be-
schränkte/Verordnungsrecht des Staates
(gegen Nikisch) - das Problem der Publi-
zität der AVE - Ergebnis

Abkürzungsverzeichnis

AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
AOB	=	Archiv für öffentliches Recht
AP	=	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbR	=	Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ArbRBl	=	Arbeitsrechtliche Blätter
ArbuR	=	Arbeit und Recht
AVE	=	Allgemeinverbindlicherklärung
B	=	Der Betrieb
BABl	=	Bundesarbeitsblatt
BAG	=	Bundesarbeitsgericht
BB	=	Der Betriebsberater
BetrVerfG	=	Betriebsverfassungsgesetz
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGH Z	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
DVB1	=	Deutsches Verwaltungsblatt
GG	=	Grundgesetz
Gew u. KaufmG	=	Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht (Zeitschrift)
JW	=	Juristische Wochenschrift
JZ	=	Juristenzeitung
MRVO Nr. 165	=	Militärregierungsverordnung Nr. 165 für die britische Zone
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
NZfA	=	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
RdA	=	Recht der Arbeit
RGB1	=	Reichsgesetzblatt
SchlW	=	Das Schlichtungswesen (Zeitschrift)
SchwJZ	=	Schweizerische Juristenzeitung
TVG	=	Tarifvertragsgesetz
TVVO	=	Tarifvertragsordnung

Lehrbücher, Kommentare und Monographien sind nach dem folgenden Literaturverzeichnis zitiert

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Amtsberg Rückwirkende Aufhebung einer AVE? -
NZfA 1931, S.234 ff
- Auffarth Anfechtbarkeit und Rechtsnatur der
AVE von Tarifverträgen - BABl 1957,
S.756 ff
- Beitzke Anmerkung zu AP Nr.4 zu Art.3 GG
- Berger Die Rechtsnatur der AVE - BB 1956,
S.533 ff
Die AVE als Rechtsverordnung - DVBl
1956, S.858 f
- Bettermann Die AVE eines Tarifvertrages: Rechts-
schutz, Rechtskontrolle und Rechts-
natur - RdA 1959, S.245 ff
- Bogs Zur Entwicklung der Rechtsform des
Tarifvertrags - Festschrift für J.v.
Gierke, 1950, S.39 ff
Autonomie und verbandliche Selbstver-
waltung im modernen Arbeits- und
Sozialrecht - RdA 1956, S.1 ff
- Dersch Die Bedeutung der Verwaltungsakte in
der neueren Entwicklung des Arbeits-
rechts und der Sozialversicherung -
Festschrift für Nipperdey, 1955,
S.225 ff
in Kaskel - Dersch, Arbeitsrecht,
5.Aufl.1958
- Entscheidungen BAG AP Nr.18 zu Art.3 GG
BGH Z Bd.12, S.142 ff
BVerfG AP Nr.1 zu Art.3 GG
BVerwG AP Nr.6 zu § 5 TVG
OVG Berlin AP Nr.3 zu § 5 TVG
- Fleiner Institutionen des Deutschen Verwal-
tungsrechts, 8.Aufl.1928
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1,
7.Aufl.1958

- Gierke, Otto v. Deutsches Privatrecht, Bd.1, 1895
- Gönnenwein JZ 1959, S.189 (Besprechung)
- Gumpert Rechtsmittel gegen die AVE von Tarifverträgen - BB 1954, S.261 ff
 Nachprüfung der AVE durch Verwaltungsgerichte oder Arbeitsgerichte? - BB 1959, S.271 ff
- Hamann Autonome Satzungen und Verfassungsrecht 1958
- Herschel Tariffähigkeit und Tarifmacht, 1932
 Anmerkung in BB 1955, S.290
 Anmerkung zu AP Nr.3 zu § 5 TVG
 Zur Rechtsnatur der AVE von Tarifverträgen - Festschrift für Bogs, 1959, S.125 ff
 Zur Rechtsnatur der AVE eines Tarifvertrags - RdA 1959, S.361 ff
- Hessel Zur Beendigung der AVE von Tarifverträgen - BB 1930, S. 65 ff
 Die Rechtsnatur der AVE von Tarifverträgen - BB 1956, S.790 ff
- Holer Die Allgemeinverbindlichkeit des Gesamtarbeitsvertrags - SchwJZ 1940/41, S.177 u. 195 ff
- Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd.2, 2.Aufl.1953
- Hueck, Alfred Handbuch des Arbeitsrechts, Bd.3, Tarifrecht, 1922
 AöR N.F. Bd.14 (1928), S.466 (Besprechung)
 Freiheit und Zwang im deutschen Arbeitsrecht - Festschrift für Nawiasky, 1950
 Die Bedeutung des Art.3 GG für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frauen, 1950 (Gutachten)
 in Hueck/Nipperdey/Tophoven, Komm. zum TVG, 3.Aufl.1956

VIII

Husserl	Rechtskraft und Rechtsgeltung, 1925
Jacobi	Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927
Jellinek	Verwaltungsrecht, 3.Aufl. 1931
Kaskel	Arbeitsrecht, 3.Aufl. 1928
Klein	in Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952
Knolle	Arbeitsbedingungen der Frauen und Grundrechte - BB 1949, S.451 ff
Köhler, v.	Ist die AVE anfechtbar? - DVBl 1956, S.712 ff, Schlußwort - DVBl 1956, S.860
Koselke	Das neue Tarifvertragsgesetz - BB 1949, S.84
Kraegeloh	Voraussetzungen und Umfang der AVE von Tarifverträgen - BB 1952, S.90 ff
Krause	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaats - BB 1955, S.265
Kreller	AcP N.F. Bd.9 (1928) Besprechung
Krüger, Herbert	Staatliche Gesetzgebung und nichtstaatliche Rechtssetzung - RdA 1957, S.201 ff
Krüger, Hildegard	Anmerkung in NJW 1955, S.684 Die Rechtsnatur der AVE - RdA 1957, S.46 ff
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts Bd.1, 3.Aufl., 1958
Lieb	Rechtsnatur und Mängel der AVE eines Tarifvertrags - RdA 1957, S.260 ff
Mangold, v.	Komm. zum Grundgesetz, 1953
Maunz	Deutsches Staatsrecht, 3.Aufl. 1954 (Kurzlehrbuch)

- Maus Komm. zum TVG, 1956
 Handbuch des Arbeitsrechts, 2.Aufl.
 VII, B, 5.Teil
 Beteiligung von Ausschüssen an Verwaltung und Normsetzung im Arbeitsrecht - Festschrift für Bogs 1959, S.169 ff
- Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3.Aufl.1924
- Meissinger Die Fernwirkung der Tarifverträge durch Allgemeinverbindlichkeit - NZfA 1921, S.129 ff
 Tarifoheit in der sozialen Selbstverwaltung. - RdA 1951, S.46 ff
- Mendigo Anmerkung in ArbuR 1954, S.253
- Meyer-Cording Die Vereinsstrafe, 1957
 Die Vereinsstrafe in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs - JZ 1959, S.649 ff
- Molitor Die Rechtsnatur der Arbeitsordnung und der Tarifbestimmungen - ArbR 1923, S. 321 ff
 Weiteres zur Rechtsnatur des Tarifvertrags - ArbR 1924, S.169
 Komm. zur Tarifvertragsverordnung, 1930
 AVE und Verwaltungsermessen bei der AVE - SchlW 1931, S.257 ff
 Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949
 Außerstaatliches Recht - Gegenwartsprobleme des Rechts, 1950
 Anmerkung in ArbrBl, Tarifvertrag, I,B,E 1
- Nägeli Die Mitwirkung der Verbände bei der Rechtssetzung unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Rechtsverordnung - Festschrift für Nawiasky, 1950
- Nawiasky Die AVE eines Gesamtarbeitsvertrags - SchwJZ 1940/41, S.246 ff

- Schnorr Bundesverfassungsgericht und kollektives Arbeitsrecht - RdA 1953, S.3 ff
- Schnorr von Carolsfeld Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954
- Schmidt-Rimpler und andere Die Lohngleichheit von Männern und Frauen - AöR Bd. 76; S.180 ff (zitiert: Bonner Institutsgutachten).
- Sieg Der Tarifvertrag im Blickpunkt des Zivilrechts - AcP Bd.151, S.246 ff
- Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.Aufl. 1927
- Sitzler ArbrBl, Tarifvertrag X
- Thiele Zur Rechtsnatur der AVE - ArbUr 1958, S.18
- Tophoven Anmerkung zu AP Nr.6 zu § 5 TVG
- Triepel Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, 1942
- Wertenbruch Zur Rechtsnatur der AVE - RdA 1959, S.67 ff
- Wolff, B. Die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz - AöR Bd.78, S.194 ff
- Wolff, H.J. Verwaltungsrecht Bd.1, 1. Aufl.1956 (Kurzlehrbuch)
NJW 1958, S.2010 (Besprechung)
- Zöllner Zur Publikation von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung - DVBl 1958, S.124 ff

Erster Abschnitt

§ 1

===

Vorbemerkung

Nach § 5 des geltenden Tarifvertragsgesetzes ¹⁾ kann der "Direktor der Verwaltung für Arbeit" - nach nicht ganz zweifelsfreier, aber herrschender Auffassung ²⁾ heute der Bundesminister für Arbeit - unter bestimmten, im Gesetz genau festgelegten Voraussetzungen (§ 5, Abs. 1 TVG) und in einem besonderen Verfahren (§ 5, Abs. 2 und 3 TVG) geltende Tarifverträge "für allgemeinverbindlich erklären". Die Auswirkungen, das Ergebnis dieses staatlichen Aktes sind in § 5 Abs. 4 TVG lapidar mit dem Satz umschrieben: "Mit der Allgemeinverbindlicherklärung erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer", und § 5 Abs. 5 S. 3 bestimmt, daß die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) mit dem Ablauf des Tarifvertrages endet.

Das ist im wesentlichen die ganze gesetzliche Regelung eines Rechtsinstituts, dessen dogmatische Erfassung und systematische Einordnung trotz eines jahrzehntelangen Theorienstreits und zahlreicher, oft allerdings recht apodiktisch angelegter Diskussionsbeiträge bis heute umstritten geblieben und auch wieder völlig offen ist, nachdem nicht zuletzt eine grundsätzliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ³⁾ die fast schon absolut herrschend gewordene Lehre zumindest erschüttert hat.

1) BGBI 1952 I, Nr. 2, S. 19

2) Vgl. Nikisch, Lehrbuch, 2. Aufl., 2. Bd., § 88, II, 1 mit weiteren Nachweisen

3) AP Nr. 6 zu § 5 TVG

Eine erneute Untersuchung des Problemkreises der Rechtsnatur der AVE wird in erster Linie - und mehr als das bisher geschehen ist - beachten müssen, daß die AVE auf der Grenze zwischen Arbeitsrecht und Verwaltungsrecht steht und damit mit jener besonderen Problematik behaftet ist, die sich meist aus dem oft schroffen Zusammenprall wesensverschiedener Rechtsdisziplinen ergibt. Weiter wird zu beachten sein, daß sich gerade im Verwaltungs- und Verfassungsrecht unter der Herrschaft des Rechtsstaatsgedankens (Art.20, Abs.3 GG) eine weit genauere, lückenlosere und vor allem angesichts der Absolutheit der geschützten Rechtsgüter zwingendere Begriffsbildung vollzogen hat, als daß eine Negierung oder doch wenigstens eine Anpassung dieser fremden Begriffe an gewisse behauptete, sich angeblich aus der "Natur der Sache" ergebende Besonderheiten des Arbeitsrechts noch möglich wäre. Bei der Erörterung im Verwaltungsrecht beheimateter Vorfragen wird sich allerdings auch manche Unsicherheit offenbaren und damit die Notwendigkeit ergeben, in zunächst fernliegend erscheinende Einzeluntersuchungen einzutreten.

Historischer Rückblick

Der gewohnheitsrechtliche Rechtszustand vor der ersten gesetzlichen Regelung des Tarifvertragsrechts in Deutschland durch die Tarifvertragsverordnung vom 23.12.1918/1.3.1920¹⁾ war nach der damals herrschenden Lehre dadurch gekennzeichnet, daß der Geltungsbereich der tariflichen (Mindest-) Arbeitsbedingungen auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien beschränkt war und daß auch diese zu ihrer Einhaltung nur obligatorisch verpflichtet waren²⁾.

Die Tarifvertragsverordnung brachte demgegenüber neben der automatischen oder unmittelbaren Wirkung mit der Einführung der Unabdingbarkeit³⁾ und der Schaffung des Instituts der AVE⁴⁾ sehr bedeutsame Neuerungen.

Durch die Einführung der Unabdingbarkeit, d.h. der nur durch das sogenannte Günstigkeitsprinzip⁵⁾ gemilderten zwingenden Wirkung der nunmehr als solche anerkannten Normen des Tarifvertrages verschärfte sich aber auch die schon vorher bestehende und insbesondere in Krisenzeiten sehr schwerwiegende Gefahr, daß die sogenannten Außenseiter - die nicht den Tarifvertragsparteien angehörenden Arbeitnehmer und Arbeitgeber im fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages - die tariflichen Arbeitsbedingungen unterboten und damit die eben durch die Unabdingbarkeit gebundenen Mitglieder der Tarifvertragsparteien benachteiligten (Schmutzkonzurrenz)⁶⁾.

1) RGB1 I, S.64

2) Vgl. etwa Nikisch, a.a.O., § 68, I u. Molitor, Komm., Einleitung, unter B

3) § 1, Abs. 1, S. 1 TVVO 4) § 2 TVVO

5) § 1, Abs. 1, S. 2 TVVO

6) Vgl. Nikisch, a.a.O., § 87, I, 2

Diese Gefahr konnte nunmehr durch das Institut der AVE, das sich insoweit geradezu als notwendiges Korrelat der Unabdingbarkeit erwies, gebannt werden, da es die Möglichkeit bot, auch die Außenseiter unter die sich dann als allgemeine Mindestarbeitsbedingungen auswirkenden Normen des Tarifvertrages zu zwingen und damit durch staatlichen Unterstützungsakt eine Schmutzkonkurrenz unmöglich zu machen.⁷⁾

Die gesetzliche Ausformung vor allem der Wirkungen der AVE war aber noch sehr dürftig und beschränkte sich im wesentlichen auf den einen Satz: "Sie (die Tarifverträge)⁸⁾ sind dann (nach der AVE)⁸⁾ innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs für Arbeitsverträge, die nach der Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fallen, auch dann verbindlich im Sinne des § 1, wenn der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer oder beide an dem Tarifvertrag nicht beteiligt sind".⁹⁾

Bei den Versuchen der Wissenschaft die Lücken der gesetzlichen Regelung auszufüllen, ergaben sich naturgemäß eine Fülle von Kontroversen, deren wohl wichtigste oder doch wenigstens gerade für die Rechtsnatur der AVE bedeutsamste

7) Es ist umstritten, ob der Zweck der AVE nur in dieser engen sachlichen Begrenzung gesehen werden kann oder ob nicht darüber hinaus das Wesen der AVE gerade darin liegt, daß hier der ohnehin über den beiderseitigen Mitgliederkreis der Tarifvertragsparteien hinausgehenden Ordnungsfunktion des Tarifvertrages entsprochen werden soll - so etwa Bogs, Festschrift, unter IV, B, 4, S.59 ff., sowie wohl auch Maus, Komm., Anm.1 ff. zu § 5 TVG. Darauf wird noch zurückzukommen sein - vgl. unten § 6, Anm. 13. Hier genügt es festzustellen, daß zum einen dieses "natürliche Ausdehnungsstreben" der Tarifvertragsparteien recht zweifelhaft ist, zum anderen aber das Tarifvertragsgesetz auf jeden Fall der AVE nur eingeschränkte Bedeutung zumißt. Das ergibt sich eindeutig aus der Voraussetzung des öffentlichen, also von dem der Tarifvertragsparteien u.U. durchaus verschiedenen Interesses (§ 5, Abs.1, Ziff.2 TVG).

8) Zusatz des Verfassers

9) § 2, Abs.1, S.2 TVVO

diejenige um den Zeitpunkt des Außerkrafttretens der AVE war.¹⁰⁾ Die Tarifvertragsverordnung enthielt nämlich keine Bestimmung darüber, wann die AVE außer Kraft treten sollte oder genauer, welchen Einfluß der Ablauf¹¹⁾ des Tarifvertrages auf den Bestand, bzw. die Wirksamkeit der AVE haben sollte. Die Lösung dieses Problems wurde weiter noch dadurch erschwert, daß der Gesetzeswortlaut keine Auskunft darüber gab, welchen Inhalt die AVE haben und wer überhaupt der Adressat, der durch die AVE Betroffene sein sollte. Es bildeten sich denn auch verschiedene Theorien.

Die damals herrschende, sogenannte Gesetzestheorie¹²⁾ sah als Adressaten der AVE nicht nur die neu zu erfassen- den Außenseiter, sondern auch die bisher schon tarifge- bundenen Mitglieder der Tarifvertragsparteien an.¹³⁾ Nach dieser Theorie nahm die AVE durch Verweisung die Normen des Tarifvertrages in sich auf und machte sie von Staats wegen, hoheitlich-selbstherrlich, aus eigenem Geltungsgrund verbindlich für alle Arbeitgeber und Arbeit-

10) Molitor - Komm.S.182 f und SchlW 1931, S.259 - wendet sich gegen die hier und im folgenden vorge- nommene weitgehende Verknüpfung des Streits um den Zeitpunkt des Außerkrafttretens der AVE mit dem Pro- blem ihrer Rechtsnatur. Es ist ihm zwar zuzugeben, daß rein begrifflich verschiedene Problemkreise vor- liegen, aber das ändert nichts an der Tatsache, daß die Frage der Rechtsnatur in der historischen Entwick- lung überwiegend unter dem Aspekt des Außerkrafttretens der AVE gesehen wurde - vgl. etwa die Darstellung bei Hueck, Handbuch, Bd.3, S.78 ff - und daß diese Be- trachtungsweise des Theorienstreits der Vergangenheit im Schrifttum der Gegenwart allgemein üblich ist. Im übrigen wird es nur so einigermaßen verständlich, daß die herrschende Lehre in der gesetzgeberischen Ent- scheidung des § 5, Abs.5, S.3 TVG eine Entscheidung des Problems der Rechtsnatur der AVE sehen konnte.

11) Die nur teilweise Änderung kann hier vernachlässigt werden.

12) Hueck, a.a.O., S.77 ff; Jacobi, Grundlehren, S.99 ff; Kaskel, Lehrbuch, 3.Aufl., S.45

13) So ausdrücklich Jacobi, a.a.O., S.107; so auch für das frühere Schweizer Recht Holer, Schweizer JZ, 1940/41, S.195 ff; differenzierend Nawiasky, SchwJZ, 1940/41, S.246 ff.

nehmer des räumlichen und fachlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages. Zwar blieben auch nach dieser Auffassung die Tarifvertragsparteien in der Verfügung über den Tarifvertrag frei, konnten diesen also ändern oder aufheben. Das sollte aber für das Bestehen der AVE keine Bedeutung haben, weil für sie in dem souveränen Staatsakt ein besonderer eigener Geltungsgrund vorlag. Die so gekennzeichneten Auswirkungen der AVE qualifizierte dann insbesondere Jacobi als eindeutige Rechtssatzwirkung, folgte daraus schlüssig auf den Charakter der AVE als Rechtsverordnung und gelangte weiter zu dem der Verkehrssicherheit dienlichen Ergebnis, daß die AVE als Rechtsverordnung nur durch ausdrücklichen staatlichen actus contrarius außer Kraft treten könnte.¹⁴⁾

Gegenüber dieser Betonung des staatlichen Eingreifens stellte die sogenannte Vertragstheorie¹⁵⁾ gerade entgegengesetzt auf den autonomen Charakter des tariflichen Rechts ab und betonte, daß sich dessen Natur auch durch den Staatsakt der AVE nicht ändere. Vielmehr handele es sich hier nur um einen hilfsweisen, akzessorischen Akt, dessen Auswirkungen sich darauf beschränkten, den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages auszudehnen und der deshalb in seinem Bestand notwendigerweise vom Schicksal des Tarifvertrages abhängig sei. Nach der Vertragstheorie endete deshalb die AVE mit Ablauf des Tarifvertrages.¹⁶⁾

Diese Aussagen der Vertragstheorie entbehrten allerdings der dogmatischen Schärfe und stellten, wie schon Herschel erkannte¹⁷⁾, lediglich eine Beschreibung der Rechtswirkungen

14) Jacobi, a.a.O., S.99/100, bzw. S.107

15) Rechtspolitisch begründet von Meissinger, NZfA 1921, Sp.129 ff, vertreten vor allem von Nipperdey, Lehrbuch, 3./5.Aufl., Bd.2, S.305 ff und Beiträge, S.180 f

16) Ausführlich Nipperdey, a.a.O., S.305 f, Anm.8

17) Tariffähigkeit und Tarifmacht, S.63.

der AVE dar. Erst Neumann¹⁸⁾, der eine Modifikation der Vertragstheorie vertrat, erklärte die Rechtswirkungen der AVE genauer. Er unterschied ebenso wie die Vertreter der sogenannten eingeschränkten Gesetzestheorie¹⁹⁾ zwischen den Außenseitern und den bisher schon tarifgebundenen Mitgliedern der Tarifvertragsparteien. Nur an die ersteren sollte die AVE gerichtet sein, während die letzteren weiterhin lediglich auf Grund des Tarifvertrages gebunden sein sollten.

Sowohl Neumann, als auch die Vertreter der eingeschränkten Gesetzestheorie sahen die AVE als Rechtsverordnung an, aber eben deshalb glaubte insbesondere Oertmann²⁰⁾ ihren Bestand nicht vom Schicksal des Tarifvertrages abhängig machen zu können, während Neumann²¹⁾ das entgegengesetzte Ergebnis damit begründete, daß die Rechtsverordnung der AVE gerade durch die Bezugnahme auf den Inhalt des Tarifvertrages auch von dessen Bestand abhängig sei.²²⁾ Der Tarifvertrag sei das notwendige Substrat der AVE, falle dieser weg, so entfalle damit auch der Inhalt der AVE, sie werde gegenstandslos.

Während die eingeschränkte Gesetzestheorie wegen ihres dem Vereinheitlichungsbestrebens der AVE gerade entgegengesetzten Ergebnisses fast allgemein abgelehnt wurde²³⁾, wandte Nipperdey²⁴⁾ gegen die auf den ersten Blick bestechende Lösung von Neumann vor allem ein, daß die AVE

18) NZfA 1930, S.681 und Tarifrecht, S.116

19) Oertmann, Arbeitsvertrag, S.80/81 und Gew.u.Kaufm.Ger. 1924, S.233; Sinzheimer, Grundzüge, S.272 und JW 1922,565

20) a.a.O., s.Anm.19

21) a.a.O., s.Anm.18

22) Diese einleuchtende Begründung findet sich etwa bei Molitor, Komm.S.151 und Jacobi, a.a.O. S.104/105 für die Vertragstheorie schlechthin.

23) Vgl. etwa Hueck, Handbuch, Bd.3, S.79

24) Nipperdey, Lehrbuch, 3./5.Aufl., Bd.2, S.305 f, Anm.8

eben gerade keine (neuen) Rechtssätze enthalte, sondern nur auf den Tarifvertrag verweise, dessen Geltungsbereich erweitere. Nipperdey und mit ihm die Vertragstheorie gelangten deshalb - aus der Sicht ex post will es scheinen mehr um den Gegensatz zur Gesetzestheorie zum Ausdruck zu bringen, als aus dogmatischen Erwägungen heraus - zu der Auffassung, der Rechtsnatur nach sei die AVE keine Rechtsverordnung, sondern ein Verwaltungsakt.

Als Ergebnis dieses kurzen historischen Rückblicks kann demnach abschließend festgestellt werden, daß zwar die Rechtsnatur der AVE für sich gesehen noch keine große Bedeutung erlangt hatte, daß sie aber als Vorfrage für das Problem des Außerkrafttretens der AVE bemüht worden war und auch in diesem Zusammenhang schon damals keine Einigkeit darüber erzielt werden konnte, ob die AVE nun als Rechtsverordnung oder als Verwaltungsakt zu qualifizieren sei.

§ 3

===

Die heutige Problemstellung

Der Gesetzgeber hat die Frage, wann die AVE außer Kraft treten soll, in § 5, Abs.5, S.3 des geltenden Tarifvertragsgesetzes eindeutig entschieden und er hat den in der Tat nur subsidiären Charakter der AVE auch dadurch betont, daß er gegenüber dem Schweigen der Tarifvertragsverordnung durch die Fassung des § 5, Abs.4 TVG klarstellte, daß sich die AVE lediglich auf die Außenseiter bezieht und die Rechtsnormen des Tarifvertrages nicht enthält. Man könnte deshalb zu der Auffassung gelangen, daß die geschilderte historische Kontroverse für die Gegenwart keine Bedeutung mehr habe. Dem ist jedoch nicht so. Gerade die dargelegte, fast zufällige Verknüpfung der Aussagen über die formale Rechtsnatur mit den Ansichten über das konkrete Problem des Außerkrafttretens der AVE ist für die weitere Entwicklung entscheidend geworden. Unter Außerachtlassung der Tatsache, daß diese Verknüpfung nur historisch bedingt, keineswegs aber begrifflich zwingend war¹⁾, sah die herrschende Lehre nämlich in der Entscheidung des Gesetzgebers über das Außerkrafttreten der AVE zugleich eine Entscheidung über deren Rechtsnatur, und so kam es, daß sich die Auffassung der AVE als Verwaltungsakt unter der Geltung des neuen Tarifvertragsgesetzes ohne weitere Begründung fast widerstandslos durchsetzen konnte, obwohl selbst Nipperdey einmal betont hatte, daß die Entscheidung für die Vertragstheorie an sich nicht die Annahme einer Rechtsverordnung ausschließe²⁾.

Im übrigen ist auch heute die Frage der Rechtsnatur der AVE nicht nur von theoretischem Interesse. Vielmehr ist es nun im Zeichen der Rechtsschutzgarantie des Art.19, Abs.4 GG das Problem des Rechtswegs, für dessen Entscheidung die

1) Vergl. oben § 2, Anm.10

2) a.a.O. S.305, Anm.8

Feststellung der Rechtsnatur der AVE die nunmehr notwendige Voraussetzung darstellt. Betrachtet man nämlich - und damit sind bereits wiederum die beiden gegensätzlichen Positionen gekennzeichnet - mit der herrschenden Lehre die AVE als Verwaltungsakt, so sind für ihre Überprüfung nach der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel die Verwaltungsgerichte zuständig, stellt sich die AVE dagegen als Rechtsverordnung dar, so wird ihre Gültigkeit als Vorfrage von den Arbeitsgerichten überprüft, während eine besondere Normenkontrolle entfällt.

Aus dieser Verschiedenheit des Rechtswegs, sowie der ohnehin generell differierenden prozessualen Behandlung von Rechtsverordnung und Verwaltungsakt ergeben sich noch eine ganze Reihe weiterer Probleme, die vor allem im Zusammenhang mit der Praktikabilität des Ergebnisses in letzter Zeit viel erörtert wurden.³⁾ Problematisch soll vor allem sein,⁴⁾ wie jeweils baldmöglichst Klarheit darüber erreicht werden kann, ob die AVE gültig ist oder nicht. Wenn auch diese und andere Fragen⁵⁾ für die Praxis sehr bedeutsam sein mögen⁶⁾, so ist doch darauf hinzuweisen, daß es sich hier letztlich um sekundäre Fragen handelt. Die Rechtsnatur der AVE stellt wirklich einmal ein Problem dar, das auch im Zeitalter teleologischer Jurisprudenz einzig und allein durch eine begriffliche Untersuchung geklärt werden kann und zwar deshalb, weil es sich hier in erster Linie um allgemeine Fragen handelt, die den besonderen Problemen der Spezialdisziplin,

3) Gumpert, BB 1959, S.271 ff; Bettermann, RdA 1959, S.245 ff; Herschel, RdA 1959, S.361 ff

4) Eine eigene Stellungnahme zu diesem besonderen, weiteren Problemkreis kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen.

5) Bezüglich der unterschiedlichen Behandlung von Mängeln der AVE verweise ich auf den zweiten Abschnitt meines Aufsatzes in RdA 1957, S.260 ff, sowie die darin angegebene weitere Literatur.

6) Bezüglich der Nachprüfung der Gültigkeit der AVE ist dies nicht recht einzusehen, ist denn die Gefahr der Fehlerhaftigkeit der AVE so groß, größer als - das Ergebnis mag hier vorweggenommen werden - bei anderen, nicht weniger bedeutungsvollen Rechtsverordnungen?

des Arbeitsrechts, übergeordnet sind.⁷⁾ Es kommt deshalb auch nicht so sehr auf die Erkenntnis dessen an, was der Gesetzgeber gewollt hat, sondern es muß festgestellt werden, welche Konstruktion mit den übergeordneten Kriterien der Rechtsquellenlehre vereinbar ist. Ergibt sich dabei ein Ergebnis, das nach eingehender Abwägung aller Momente wenig praktikabel erscheint,⁸⁾ so ist es Sache des Gesetzgebers, hier Lösungen zu finden, die in der Sache allen Anforderungen entsprechen und rechtsstaatlich bedenkenfrei sind. Aus angeblicher mangelnder Praktikabilität können jedenfalls keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur gezogen werden⁹⁾.

Die Bedeutung, die den Problemen des Rechtswegs angesichts der überaus differenzierten Gestaltung unserer Gerichtsbarkeit heute allgemein zukommt, erklärt im übrigen die zahlreichen neueren Untersuchungen der Rechtsnatur der AVE¹⁰⁾. Allerdings lassen sich dabei nur sehr wenig Gemeinsamkeiten feststellen. So ziemlich die einzige Feststellung, die man über das Wesen der AVE treffen kann, ohne auf Widerspruch zu stoßen, ist die, daß sie dem öffentlichen Recht angehört. Bereits bei der für die weitere Begriffsbestimmung wichtigsten Frage nach dem eigentlichen Adressaten dieses öffentlich-rechtlichen Aktes beginnen dagegen die Meinungsverschiedenheiten. Zwei Auffassungen werden vertreten: Von der einen

-
- 7) Daß allerdings in der Rechtsquellenlehre selbst wenig Klarheit besteht - vgl. Bettermann, a.a.O. S.253 - steht auf einem anderen Blatt.
- 8) In dieser Beziehung ist die Kontroverse noch durchaus offen, Bettermann, Gumpert und Herschel - vgl. oben Anm.3 - kommen bis jetzt noch zu sehr verschiedenen Ergebnissen.
- 9) Insoweit zustimmend Herschel, a.a.O. unter II, a.
- 10) Neben den bisher genannten, sowie den Lehrbüchern und Kommentaren etwa Berger, BB 1956, S.533 ff und DVBl 1956, S.858 f; Hessel, BB 1956, S.790 f; v.Köhler, DVBl 1956, S.712 f und S.860; Hildegard Krüger, RdA 1957, S.46 ff; Auffarth, BABl 1957, S.756 ff; Wertenbruch, RdA 1959, S.67 f sowie vor allem Bogs und Herschel - diesbezügliche Nachweise unten Anm. 16 und 17.

werden die zumindest im Ergebnis allein Betroffenen, nämlich die plötzlich einem fremden Normenkomplex unterworfenen Außenseiter¹¹⁾, von der anderen die ursprünglichen Normenschöpfer, die Tarifvertragsparteien¹²⁾, als Adressanten betrachtet.

Diese frühe Differenz erklärt sich aus der verschiedenartigen Grundkonstruktion der tarifvertraglichen Rechtssetzung und der daraus gezogenen besonderen Folgerungen bezüglich des Geltungsgrundes und des Geltungsbereichs der tariflichen Normen. In der Tat kann das Wesen der AVE nur dann richtig erfaßt werden, wenn man beachtet, daß sie letztlich nur ein Teilstück, einen Annex der tarifvertraglichen Normen darstellt, in deren Gesamtgefüge sie demnach einzuordnen ist.

Als gemeinsame Grundlage für die Konstruktion der Erfassung der Außenseiter kann die Erkenntnis festgestellt werden, daß zumindest ihre Bindung an den tariflichen Normenkomplex nur auf staatlicher Hoheitsgewalt beruhen kann, weil sie zum einen vom Willen der Betroffenen völlig unabhängig ist, ohne ihr auch nur mittelbar zum Ausdruck gebrachtes Einverständnis erfolgt, zum anderen aber eine nicht vom Staat abgeleitete, verbandliche Hoheitsgewalt mit von freiwilliger Mitgliedschaft unabhängigem Geltungsbereich heute nicht mehr bestehen kann. Das ist unbestritten, denn diejenigen, die den Gedanken einer auf Außenseiter erweiterten Autonomie vertreten, betrachten diese Autonomie wenigstens als abgeleitete Rechtssetzung.¹³⁾ Da aber der erforderliche hoheit-

11) So die herrschende Lehre - dazu im 3.Abschnitt

12) So Bogs und Herschel - dazu noch im Folgenden, sowie vor allem im 2.Abschnitt

13) Anderer Ansicht scheint auf den ersten Blick Maus zu sein, wenn er in der Festschrift für Bogs, S.180, Anm.20 ausführt: "Nach Ansicht des Verfassers ist die AVE ein sich an die Tarifvertragsparteien wendender Verwaltungsakt, durch den der Staat die ursprüngliche, auch die nicht organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer umfassende Rechtssetzungsbefugnis" Daß jedoch auch er die Tarifautonomie als abgeleitete Rechtssetzung ansieht, ergibt sich aus seinen Ausführungen im Komm., Einleitung, 2.Abschnitt, S.40 ff.

liche Geltungsbefehl nicht notwendig direkt vom Staat ausgehen muß, vielmehr zumindest begrifflich¹⁴⁾ eine Übertragung der staatlichen Hoheitsgewalt möglich ist, ergeben sich angesichts des Schweigens des Gesetzes tatsächlich zwei Konstruktionsmöglichkeiten: Man kann zum einen den Geltungsbereich der tarifvertraglichen Normensetzung grundsätzlich auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien beschränken und die AVE dann direkt als den die tarifvertragliche Regelung von Staats wegen ergänzenden, notwendig an die Außenseiter gerichteten Unterwerfungsbefehl ansehen - das ist der Standpunkt der herrschenden Lehre, die Rechtsnatur der AVE ist dann lediglich nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen zu klären - die AVE kann aber auch als letztes Stück einer im übrigen im Tarifvertragsgesetz enthaltenen Delegation, gewissermaßen als letzter staatlicher Vorbehalt, aufgefaßt werden. Dann erteilen die Tarifvertragsparteien auf Grund der ihnen übertragenen Befugnisse den Geltungsbefehl auch bereits gegenüber den Außenseitern, und die AVE ist nur eine Art Genehmigung, die gegenüber den Tarifvertragsparteien erklärt werden kann.

Diese letztere Auffassung - ich möchte sie extreme Delegations-
theorie nennen¹⁵⁾ - führt tief hinein in das Wesen der tarif-
vertraglichen, ja überhaupt der autonomen Rechtssetzung. Sie
wird vor allem von Bogs vertreten¹⁶⁾. Bevor jedoch zu ihr
Stellung genommen wird, soll die davon etwas abweichende,
mit allem Nachdruck vertretene Auffassung Herschels¹⁷⁾ unter-
sucht werden.

14) Zur verfassungsrechtlichen Problematik vgl. die Ausführungen im § 10 dieser Arbeit.

15) Die Berechtigung dieser Benennung wird sich aus dem Folgenden ergeben.

16) Festschrift für J.v. Gierke, S.39 ff und RdA 1956, S.1 ff.

17) Festschrift für Bogs, S.125 ff, RdA 1959, S.361 ff, sowie in Anklängen bereits in "Tariffähigkeit und Tarifmacht", S.62 ff.

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Die AVE als Teilstück autonomer Normensetzung

§ 4 ===

Die AVE als Delegationsakt

In den Mittelpunkt seiner interessanten, eine Fülle von Problemen aufwerfenden Theorie stellt Herschel den schillernen Begriff der Autonomie. Er erkennt zunächst an, daß die autonome Rechtssetzung ihre Begrenzung wesensmäßig in der Beschränkung auf innerkörperschaftliche Verhältnisse eines Verbandes findet und demgemäß "der in der Autonomie sich betätigende gemeinsame und bekundete Wille der organisierten Einheit"¹⁾, dem die autonomen Normen ihre Entstehung verdanken, "nur für die Mitglieder der Gemeinschaft gelten kann und gelten will, die an der gemeinsamen Willensbildung teilgenommen haben."¹⁾

Daraus ergibt sich an sich eine klare Begrenzung des Kreises der möglichen Normadressaten auf die Verbandsmitglieder. Unter Verweisung auf angebliche Parallelen beim Erlaß von Unfallverhütungsvorschriften durch die Berufsgenossenschaften²⁾, bei der allgemeinen Regelung des Lehrlingswesens durch die Innungen,²⁾ sowie bei der Rechtssetzung von Gebietskörperschaften³⁾ und unter irriger Verwendung des Begriffs der

1) Festschrift S. 128

2) Dazu unten § 6, Anm. 16

3) Diese muß von vornherein als völlig wesensverschieden aus der weiteren Erörterung ausgeschieden werden. Es handelt sich bei der Gemeindeautonomie nicht um Verbands-, sondern um Territorialgewalt, bei der zwar auch das Problem der Ursprünglichkeit auftaucht, die willentliche Mitgliedschaft als wesentliches Bezugselement jedoch keine Rolle spielt.

"externen Rechtsgeltung"⁴⁾ hält Herschel jedoch eine sog. Außenwirkung der autonomen Normen, d.h. eine Geltungserstreckung auch auf Außenseiter für möglich.⁵⁾ Nachdem er dabei zunächst die hier nicht interessierende bloße Reflexwirkung gestreift hat, unterscheidet er zwischen einer unechten und einer echten Außenwirkung. Im Fall der unechten Außenwirkung würden die autonomen Rechtsschöpfer Recht auch für Nichtmitglieder nur auf Grund zusätzlicher, ausdrücklicher, staatlicher Delegation, im Auftrag und im Namen des Staates, in Gestalt von Rechtsverordnungen setzen⁶⁾, während bei der echten Außenwirkung, der sog. echten "erweiterten Autonomie" nur eine Erweiterung des Geltungsbereichs des weiterhin auf seinem eigenen Geltungsgrund beruhenden autonomen Rechts vorliege, "sei es kraft originärer, eigenständiger Rechtsetzungshoheit, sei es kraft staatlicher Ermächtigung."⁷⁾

Der zu dieser nicht leicht verständlichen Unterscheidung zwischen echter und unechter Außenwirkung führende Gedankengang Herschels ist nur schwer aufspürbar, weil er ausdrücklich nicht dargelegt ist, vielmehr weitgehend vorausgesetzt wird. Offen bleibt zunächst, ob Herschel eine originäre

4) Husserl, a.a.O. S.35, sowie S.145 ff und S.152, hat diesen Begriff im Rahmen seiner Genesis des Rechts für den soziologischen Vorgang geprägt, daß das nur inter partes geltende Vertragsrecht eines engeren Rechtskreises durch die Anerkennung der Universalgemeinschaft "zu einem allgemein gültigen Rechtssachverhalt" wird, d.h. aber nur, daß seine Wirksamkeit im bisherigen Umfang durch eine Außengarantie verstärkt wird. Das ist aber etwas ganz anderes, als die Erstreckung von Normen auf Individuen außerhalb des bisherigen Geltungskreises, die Herschel im Auge hat. Vgl. dazu im übrigen auch Raiser, a.a.O. S.73, insbesondere Anm. 1 und 2.

5) A.a.O., S.127/128

6) A.a.O., S.129 unter 2: "Das so gesetzte Recht sprießt nicht aus der Autonomie, vielmehr ist es ein staatliches Recht, das auf staatlichen Auftrag und staatliche Ermächtigung zurückgeht, es ist delegiertes staatliches Recht."

7) A.a.O. S. 129 unter 3: "Das mit Außenwirkung gesetzte Recht fließt hier aus der originären oder staatlich verliehenen Satzungs Gewalt des Verbandes und es bleibt damit autonomes Recht".

Rechtsetzungsmacht bejaht oder ob er die Tarifautonomie den abgeleiteten Rechtsquellen zuordnet. Auf Grund seiner Ausführungen zur Ursprünglichkeit des Tarifwesens⁸⁾ und seiner Verweisung auf die eindeutige Auffassung Molitors⁹⁾ muß wohl das Erstere angenommen werden. Davon ausgehend könnten eigentlich seine Ausführungen über die Existenz einer zwischen den klassischen Formen der Hoheitsgewalt¹⁰⁾ stehenden modernen funktionellen Autonomie¹¹⁾, verstanden als eigenständige Verwaltung eines sachlich-fachlichen Bereichs, nur dahingehend gedeutet werden, daß Herschel auch eine aus eigener Kraft die Außenseiter umfassende, ursprüngliche, vom Staat unabhängige soziale Autonomie für möglich hält. Damit in Widerspruch steht jedoch, daß er später eine staatliche "Sicherung und Hilfe" für die Autonomie der Sozialpartner für erforderlich hält.¹²⁾ Dieser Widerspruch kann jedoch auf sich beruhen. Entscheidend ist, daß auch Herschel letzten Endes ein wenn auch nur subsidiäres, so doch für die Bindung der Außenseiter an die Tarifnormen allein maßgebendes staatliches Eingreifen für notwendig hält.¹³⁾ Die sog. "erweiterte Autonomie" beruht auch nach seiner Ansicht auf einer besonderen staatlichen Verleihung. Diese Verleihung könne entweder bereits unmittelbar in einer Rechtsnorm gegeben sein oder aber auch durch einen nachträglichen, konkreten staatlichen Akt vollzogen werden.¹⁴⁾ Dieser Akt sei - das wird ohne weitere Begründung als unanfechtbare wissenschaftliche Erkenntnis unterstellt - keine Maßnahme der Gesetzgebung, sondern nur ein Verwaltungsakt.¹⁵⁾

8) A.a.O. S.130 f

9) A.a.O. S.131, Anm.23

10) Der Verbands- und der Territorialgewalt

11) A.a.O. S.128 unter Berufung auf v.Nell-Breuning, Stimmen der Zeit, Bd.162, S.325.

12) A.a.O. S.133 oben

13) Vgl. unten Anm. 18; im übrigen fällt damit aber m.E. der Unterschied zwischen echter und unechter Außenwirkung in sich zusammen, vgl. dazu unten § 7, a.E.

14) A.a.O. S.129 unten

15) A.a.O. S.129 unten; vgl. auch die folgende Anm.23

Herschel ist also der grundsätzlichen Auffassung, daß die in einer Autonomie wurzelnde, ursprünglich auf den Kreis der Mitglieder beschränkte Rechtsetzungsbefugnis eines Verbandes durch staatliche, in der Form eines Verwaltungsaktes erfolgende Verleihung zusätzlicher Rechtsetzungsmacht in ihrem Wirkungsbereich erweitert werden könnte, ohne daß damit ihr autonomer Charakter verloren ginge, bzw. ohne daß insoweit von auf besonderem Geltungsgrund beruhendem, staatlichem Recht gesprochen werden müßte.

Diese Auffassung überträgt Herschel denn auch konsequent auf die AVE von Tarifverträgen. Er unterscheidet zunächst zwischen relativer und absoluter Tarifmacht¹⁶⁾ und führt aus, das Tarifvertragsgesetz habe den Tarifpartnern grundsätzlich eine nur relative "Tarifmacht" verliehen, weil die Bindungswirkung, die Normunterworfenheit nur bei beiderseitiger Verbandsmitgliedschaft eintrete.¹⁷⁾ Bei den betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen des § 3, Abs.2 TVG sei diese Tarifmacht jedoch schon weniger relativ, weil die Bindungswirkung nur noch von der Verbandsmitgliedschaft eines Kontrahenten, des Arbeitgebers abhinge, und schließlich gebe es eine absolute Tarifmacht, die überhaupt nicht mehr von einer Verbandsmitgliedschaft abhängig sei, sondern davon unabhängig im persönlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages wirke. Diese absolute Tarifmacht beruhe hier nicht unmittelbar auf Gesetz, sondern werde zusätzlich zu der relativen Tarifmacht von Fall zu Fall auf Grund gesetzlicher Ermächtigung nachträglich durch Verwaltungsakt verliehen.¹⁸⁾

Hauptfälle der Verleihung zusätzlicher absoluter Tarifmacht sieht Herschel in der zur tariflichen Errichtung von Sonderbetriebsvertretungen erforderlichen Zustimmung des Bundesministers für Arbeit (§ 20, Abs.3, BetrVerfG), sowie in der

16) A.a.O. S.133 ff

17) Die Besonderheiten des Firmentarifs können in diesem Zusammenhang vernachlässigt werden.

18) A.a.O. S.133/134

ebenfalls vom Bundesminister für Arbeit zu erlassenden AVE.¹⁹⁾ Die Tarifvertragsparteien griffen im Sonderfall des § 20, Abs.3 BetrVerfG²⁰⁾ durch Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in den Tarifvertrag und bezüglich der Außenseiter ganz allgemein durch ihr (natürliches) Streben, die Arbeitsbedingungen nicht nur für ihre derzeitigen und zukünftigen Mitglieder, sondern für alle in Betracht kommenden Berufsgenossen, gewissermaßen für jeden, den es angehe, zu regeln²¹⁾, über den ihnen eingeräumten Bereich hinaus. Insoweit fehle ihnen aber noch die gesetzgeberische Macht, handle es sich um schwebende Unwirksamkeit. Diese werde aber behoben durch die Erklärungen des Bundesministers für Arbeit gemäß § 20 Abs.3 BetrVerfG, bzw. § 5 TVG. Erst diese staatlichen Akte hätten zur Folge, daß nunmehr die Wirksamkeitsvoraussetzungen für die normenschöpferische Tätigkeit der Tarifvertragsparteien, auch soweit sie über ihren eigentlichen Bereich hinausgriffen, erfüllt seien.²²⁾

19) A.a.O. S.134/135 im Anschluß an seine Ausführungen in "Tariffähigkeit und Tarifmacht", S.61 ff

20) Die entscheidende Stelle in § 20, Abs.3 BetrVerfG lautet: "Für Betriebe, in denen wegen ihrer Eigenart der Errichtung von Betriebsräten besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, kann durch Tarifvertrag die Errichtung einer anderen Vertretung der Arbeitnehmer des Betriebs bestimmt werden. Der Tarifvertrag bedarf insoweit der Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde"

21) A.a.O. S.132 unter Berufung auf Bogs, Festschrift S.60

22) A.a.O. S.134 unten: "Erst diese (nachträgliche) Genehmigung hat den Tarifvertragsparteien das zusätzliche rechtliche Können gegeben, das sie befähigt, über die sonstigen Wirkungen der Tarifvertragsnormen hinaus auch noch diese spezielle Wirkung hervorzurufen. Diese spezielle Wirkung ist dadurch gekennzeichnet, daß so jener Teil des objektiven Berufsrechts überhaupt erst in Kraft gesetzt wird. Das Charakteristische der Genehmigung besteht also darin, daß durch sie den Tariffähigen unter Erweiterung ihres sonstigen rechtlichen Könnens die Macht gewährt wird, Normen mit besonderer Wirkung zu schaffen, Normen, die außerhalb des im Tarifvertragsgesetz vorgesehenen Wirkungsgrades liegen. Kurz, hier wird der zugrundeliegende Tarifvertrag nicht geändert; vielmehr wird (nachträglich) den Tarifvertragsparteien zu ihrer Tariffähigkeit noch eine - ich möchte sagen - Sondertariffähigkeit verliehen,"

Aus dieser Auffassung heraus qualifiziert Herschel dann die AVE abschließend als Verwaltungsakt.²³⁾

Reduziert man diese, aus dem Kreis der üblichen Konstruktionsversuche völlig herausfallenden Deduktionen soweit wie möglich, so zeigt sich, daß Herschel es ablehnt, die Normunterworfenheit der Außenseiter mit der herrschenden Lehre durch die Annahme eines ausdrücklichen, an sie gerichteten Unterwerfungsbefehls zu erklären. Er führt vielmehr diese Wirkung auf die staatliche Verleihung besonderer Rechtssetzungsbefugnisse an die Tarifvertragsparteien zurück. Das Auffällige an dieser Konstruktion ist jedoch, daß Herschel - abweichend von dem oben einleitend entwickelten begrifflichen Schema²⁴⁾ und in Kenntnis der insofern verschiedenen Ansicht von Bogs²⁵⁾ diese Verleihung nicht bereits, wenn auch noch bedingt in das Tarifvertragsgesetz verlegt, sondern erst durch die AVE²⁶⁾ erfolgen läßt.²⁷⁾ Das bedeutet, daß bei der dann angemäßen Normenschöpfung der Tarifvertragsparteien die Rechtssetzungsmacht bezüglich der Außenseiter noch fehlt, nach der späteren Verleihung durch die AVE jedoch kein Gebrauch mehr von ihr gemacht wird. Herschel bleibt denn auch nichts anderes übrig, als diese nachträgliche Verleihung als eine Art Genehmigung zu konstruieren.²⁸⁾

23) A.a.O. S.137 oben: "Die AVE ist ein Verwaltungsakt, durch den eine zusätzliche absolute Sondertariffähigkeit an die Parteien eines schon bestehenden Tarifvertrages mit der Wirkung verliehen wird, daß die Tarifmacht der Parteien in Hinsicht auf den Kreis der Tarifgebundenen für diesen Tarifvertrag erweitert und auch auf die bisher nicht Tarifgebundenen, die es angeht, erstreckt wird."

24) Siehe oben § 3 im Text zu Anm.12 - 17

25) Vgl. die Ausführungen im nächsten Paragraphen

26) Bzw. im Fall des § 20, Abs.3 BetrVerfG durch die Zustimmung des Bundesministers für Arbeit.

27) Ebenso Auffarth BABl 1957, S.757 unter 4, allerdings in völligem Widerspruch zu seinen übrigen Ausführungen, in denen er die Außenseiter als Adressaten der AVE betrachtet.

28) A.a.O. S.134

Diese Konstruktion ist jedoch in sich nicht schlüssig, weil zunächst bereits der zur Begründung herangezogene Vergleich mit der beschränkten Geschäftsfähigkeit und der Vertretung ohne Vertretungsmacht des Bürgerlichen Rechts²⁹⁾ nicht trägt. Zum einen ist nämlich ein solcher Vergleich eines in das Verfassungsrecht hinaufreichenden öffentlich-rechtlichen, hoheitlichen Rechtssetzungsvorganges³⁰⁾ mit dem Bürgerlichen Recht ohnehin recht willkürlich. Zum anderen übersieht Herschel, daß es sich bei der Rechtssetzung der Tarifvertragsparteien bezüglich der hier allein als Betroffene in Frage kommenden Außenseiter zweifellos um einen einseitigen Vorgang handelt, bei dem auch das Bürgerliche Recht die Konstruktion einer heilbaren schwebenden Unwirksamkeit gerade nicht kennt.³¹⁾ Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß der in analogiam herangezogene § 20, Abs.3 BetrVerfG die Annahme Herschels, (erst) mit der AVE werde den Sozialpartnern (nachträglich) eine "Sondertariffähigkeit", bzw. das bis dahin offenbar fehlende "zusätzliche rechtliche Können" verliehen, nicht stützen kann. Insoweit ergibt nämlich schon der Wortlaut der Bestimmung, daß mit der Zustimmung der obersten Arbeitsbehörde nur der letzte staatliche Vorbehalt bezüglich der im übrigen schon im Betriebsverfassungsgesetz selbst enthaltenen Delegation³²⁾ ausgeräumt werden soll. Das ist etwas ganz anderes, als die nachträgliche, in sich selbständige Verleihung "zusätzlicher Tarifmacht" durch die AVE.

Im übrigen ist die Auffassung Herschels auch im Ergebnis unhaltbar. Eine Übertragung rechtsetzender Gewalt ist nämlich in der Form eines Verwaltungsaktes schlechterdings un-

29) A.a.O. S.136

30) Als solche stellt sich die Allgemeinverbindlicherklärung der Tarifnormen den Außenseitern gegenüber dar, denn wenn auch die tariflichen Normen ihren autonomen Charakter behalten, so kann doch die Bindungswirkung, das letztlich entscheidende Element des Rechtssatzes, nur aus der staatlichen Hoheitsgewalt abgeleitet werden; vgl. dazu die Ausführungen im § 9.

31) §§ 111, 180 BGB

32) "kann durch Tarifvertrag bestimmt werden".

möglich. Das ist ein schon früh vertretener, heute im Zeitalter des Rechtsstaats selbstverständlicher und sich fast überflüssigerweise eindeutig aus Art.80, Abs.1 GG ergebender Grundsatz unseres Verfassungsrechts. Bereits Heinrich Triepel, dem Klein für das heutige Verfassungsrecht voll zustimmt³³⁾, hat nachgewiesen,³⁴⁾ daß jede Delegation deshalb selbst Rechtsschöpfung, Akt der Rechtssetzung ist, weil sie die durch das objektive Recht, teilweise sogar durch das Verfassungsrecht, primär gegebene Zuständigkeitsordnung ändert. Damit können Rechtssetzungsbefugnisse grundsätzlich nur durch Gesetz übertragen werden, mindestens muß die Form einer Rechtsverordnung eingehalten werden. Für den Fall der Subdelegation, den Herschel offenbar im Auge hat, wenn er ausführt, daß die zusätzliche Tarifmacht auf Grund gesetzlicher Ermächtigung durch Verwaltungsakt verliehen wird³⁵⁾, ist dies außerdem ausdrücklich durch Art.80, Abs.1, S.4 GG normiert. Wie Herschel gegenüber dieser eindeutigen verfassungsrechtlichen Lage seine Ansicht ohne weitere Begründung als unanfechtbare wissenschaftliche Erkenntnis bezeichnen kann³⁶⁾, ist unerfindlich. Wenn in der AVE eine Übertragung rechtssetzender Gewalt liegen würde, wäre sie gerade kein Verwaltungsakt, sondern eine Rechtsverordnung.

Zusammenfassend muß also festgestellt werden, daß die Konstruktion Herschels daran scheitert, daß zum einen die Rechtssetzungsbefugnis bereits im Moment der Normenschöpfung vorhanden sein muß³⁷⁾ - dies ist bei Herschel bezüglich der Außenseiter nicht der Fall, weil er insoweit erst

33) A.a.O. S.71/72

34) A.a.O. S.29, vgl. auch S.88, 110, 127

35) A.a.O. S.133/134

36) A.a.O. S.129 unten

37) Daran ändert auch der Hinweis - a.a.O. S.136 - darauf, daß eine vorhergehende "Konzession" - der Begriff ist im übrigen m.E. bei der Übertragung rechtssetzender Befugnisse fehl am Platz - nicht praktikabel wäre, nichts

auf die AVE abstellt - zum anderen aber - und das kann wirklich als gesicherte Erkenntnis der Staatsrechtslehre bezeichnet werden - die auch nach Herschel zumindest für die Außenseiter erforderliche Übertragung zusätzlicher Rechtssetzungsbefugnisse nur in einer Rechtsnorm enthalten, niemals dagegen durch einen Verwaltungsakt vorgenommen werden kann.^{38) 39)}

-
- 38) Diese entwickelten begrifflichen Bedenken können auch nicht mit Hinweisen auf weitere angebliche Parallelfälle - Herschel erwähnt insbesondere noch a.a.O. S.135 das Seemannsgesetz - ausgeräumt werden, denn diese werden höchstens von den gleichen Vorbehalten betroffen.
- 39) In seiner überaus kritischen Stellungnahme zu dem schon erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (AP Nr. 6 zu § 5 TVG) bemängelt Herschel a.a.O. S.126 u.a. noch die Außerachtlassung des seiner Ansicht nach gleichgelagerten Tarifvertragsrechts der Schweiz und das Fehlen einer Auseinandersetzung mit den Problemen des Zwangsvergleichs, sowie etwa der AVE des Aufwertungsrechts.
- Zum ersten Punkt ist zu sagen, daß das Schweizer Recht in Bezug auf die Rechtsnatur der AVE nicht sehr ergiebig ist. Die dogmatische Diskussion bezieht sich, soweit ersichtlich, in erster Linie auf andere Problemkreise, so etwa auf den Zusammenhang mit der sog. qualifizierten Rechtsverordnung - vgl. Nägeli, a.a.O. S.205 ff; bezüglich der isolierten Frage der Rechtsnatur wird dagegen meist auf das Deutsche Recht verwiesen.
- Der Zwangsvergleich und die AVE des Aufwertungsrechts sind gerade in dem entscheidenden Punkt, der Bestimmbarkeit der Betroffenen, von der AVE eines Tarifvertrages völlig wesensverschieden, sodaß das Bundesverwaltungsgericht wirklich keinen Anlaß hatte, auf sie einzugehen (vgl. dazu unten § 11).
- Aus dem Fehlen einer Auseinandersetzung mit der recht fernliegenden Auffassung von Bogs kann man dem Bundesverwaltungsgericht m.E. kaum einen Vorwurf machen, da diese Theorie in der Arbeitsrechtswissenschaft zumindest bis dahin ganz überwiegend abgelehnt, ja kaum beachtet worden war.
- Im übrigen ist abschließend darauf hinzuweisen, daß die für die Feststellung der Rechtsnatur der AVE entscheidenden Vorfragen ausnahmslos dem Öffentlichen Recht angehören, sodaß das Bundesverwaltungsgericht sehr wohl zu ihrer Entscheidung berufen wäre.

§ 5

===

Die AVE als Geltungsbedingung der tariflichen Normen

gegenüber den Außenseitern

Den eben gegen Herschel erhobenen Einwendungen ist die extreme Delegationstheorie in der Form, wie sie von Bogs vertreten wird,¹⁾ nicht ausgesetzt. Zwar führt auch Bogs die Normunterworfenheit der Außenseiter nicht auf einen besonderen, nachträglichen, hoheitlichen Geltungsbefehl, sondern auf eine Delegation staatlicher Rechtssetzungsmacht an die Tarifvertragsparteien zurück. Aber diese Delegation, die die Sozialpartner befähigen soll, mit den von ihnen gesetzten Normen auch die Außenseiter zu erfassen, wird von Bogs in das Tarifvertragsgesetz verlegt. Er glaubt, sie hier in einer zusammenfassenden Auslegung der §§ 1, 3, Abs.2 u. § 5 TVG erkennen zu können. Damit scheidet die AVE als Delegationsakt aus, sie ist nur noch ein letzter staatlicher Vorbehalt, eine Geltungsbedingung, von der die Wirksamkeit der tariflichen Normen den Außenseitern gegenüber noch abhängt.²⁾ Sie in dieser rechtlichen Eigenschaft als an die Tarifvertragsparteien gerichteten Verwaltungsakt zu qualifizieren, ist nur folgerichtig.

Diese Konstruktion von Bogs kann nur als Ausfluß seiner umfassenderen Theorie über das Wesen der tarifvertraglichen Rechtssetzung verstanden werden. Auch er geht von dem Begriff der Autonomie aus und erkennt zunächst grundsätzlich die überkommene Auffassung an, daß sich die autonome Rechtssetzung eines Verbandes auf die Verbandsmitglieder beschränkt. Er zieht daraus sogar den Schluß, daß es sich dann, wenn der Verband über den Kreis seiner Mitglieder hinausgreift, nicht

1) Vgl. oben § 3, Anm.16

2) Festschrift S.62

mehr um autonome Rechtssetzung, sondern um den in staatlichem Auftrag erfolgenden Erlaß von Rechtsverordnungen handle.³⁾

Diese historisch fundierte, scharfe Unterscheidung wird jedoch von Bogs bald aufgegeben. Angeregt durch die schon erwähnten Beispiele des Erlasses von auch für Nichtmitglieder verbindlichen Unfall⁴⁾verhütungsvorschriften durch die Berufsgenossenschaften⁴⁾, sowie die alle Angehörigen des betreffenden Berufsstandes bindende Regelung des Lehrlingswesens durch die Innungen⁴⁾ vertritt er den Gedanken einer nicht mehr auf dem Mitgliederkreis aufbauenden, sondern auf funktionaler Basis beruhenden "erweiterten" Autonomie.⁵⁾ Er beruft sich dafür auf Otto von Gierke, nach dessen Auffassung die Erweiterung des körperschaftlichen Herrschaftsereichs eines Verbandes auf Nichtmitglieder zumindest im Rahmen seines konkreten aufgabenbereichs stets naheliegen soll.⁶⁾ Eine solche Erweiterung der Verbandsautonomie rechtfertige sich im übrigen durch die "in unserer Rechtsordnung vielfach zum Ausdruck kommende geringere Bewertung des Individualwillens und die Verstärkung der Verbandsmacht auf vielen Gebieten des wirtschaftlichen und sozialen Lebens".⁷⁾

Erinnern diese Ausführungen nicht nur durch die Berufung auf Otto von Gierke etwas an die genossenschaftliche Rechtstheorie, so zeigt es sich doch sehr bald, daß Bogs im Grunde

3) A.a.O. S.50

4) Dazu unten § 6, Anm.16

5) A.a.O. S.50/51, S. 59 ff; vgl. im übrigen auch oben § 4 im Text zu Anm.10 und 11.

6) A.a.O. S.51 oben; vgl. dazu § 7 im Text zu Anm.19 und 20

7) A.a.O. S.60. - Wie Bogs diese Auffassung mit der Verfassungswirklichkeit, mit den doch gerade das freie Individuum schützenden Grundrechten in Einklang bringen will, ist rätselhaft. Gerade rechtspolitisch scheint mir das tatsächliche Machtstreben der Verbände sehr bedenklich zu sein. Der Staat hat hier m.E. eine wichtige Überwachungs- und Schutzaufgabe, die einer Verleihung weitgehender Befugnisse entgegensteht. - Zur Legitimation nichtstaatlicher Rechtssetzung vgl. im übrigen Herbert Krüger RdA 1957, S.201 ff.

von einer durchaus monistischen Rechtsauffassung ausgeht.⁸⁾ Zwar scheint dieser Feststellung sein Ausspruch, der Staat sei nicht der alleinige Schöpfer des Rechts,⁹⁾ entgegenzustehen, aber aus dem weiteren Zusammenhang ergibt sich, daß damit nur ein Pluralismus der Träger von Rechtssetzungsbefugnissen, nicht aber auch ein besonderer, vom Staat unabhängiger Geltungsgrund des "autonom" gesetzten Rechts für möglich gehalten wird. Gerade insoweit ist Bogs nämlich der Auffassung, daß sich auch jede außerstaatliche Rechtssetzung heute letztlich vom Staat ableiten lassen müsse, von staatlicher Ermächtigung abhängig sei. Daraus ergibt sich von selbst die Folgerung, daß auch die Rechtssetzung der Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder auf einer staatlichen Ermächtigung, genauer auf einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen beruhe.¹⁰⁾

Das ist in der Tat das Kernstück der Theorie von Bogs. Die Auffassung, daß der Geltungsbereich einer so verstandenen autonomen Rechtssetzung nicht mehr wesensmäßig beschränkt, sondern lediglich vom Umfang der Ermächtigung abhängig sei,¹¹⁾ ist demgegenüber nur ein folgerichtiger Ausbau.

Gegen diese letztlich auf ein absolutes Rechtssetzungsmonopol des Staates hinauslaufende These ist an sich begrifflich nichts zu erinnern. Bedenklich stimmt jedoch schon, daß dann offenbar jeder qualitative Unterschied zwischen der Rechtssetzung für Verbandsmitglieder und der Rechtssetzung für Außenseiter entfallen würde¹²⁾ und damit eine so verstandene Autonomie nur noch durch die besondere organisatorische Stellung ihres Trägers gegenüber der staatlichen, dekonzentrier-

8) Vgl. RdA 1956, S. 2, r. Sp., S. 5, 1. Sp. Damit verlieren aber die zahlreichen Hinweise auf Otto v. Gierke ihre Berechtigung; vgl. dazu unten § 7, im Text zu Anm. 19, 20.

9) A. a. O. S. 2, r. Sp. oben

10) Insoweit ganz anderer Ansicht Herschel, Festschrift S. 130 f; vgl. dazu unten § 6.

11) Festschrift S. 61 unten, RdA 1956, S. 5, 1. Sp. oben.

12) Vgl. Nawiasky, Allg. Rechtslehre, S. 78.

ten Rechtssetzung in Form von Rechtsverordnungen abgegrenzt werden könnte.¹³⁾

Bevor jedoch dieser Problemkreis unter Berücksichtigung der Verwaltungsrechtswissenschaft näher untersucht wird, soll zunächst noch die soziologisch-entwicklungsgeschichtliche Argumentation von Bogs dargestellt und behandelt werden, mit der er seine Grundthese, auch die Rechtssetzung der Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder beruhe auf echter, nur unter dem Deckmantel des Begriffs der erweiterten Autonomie versteckter Delegation, zu untermauern sucht.

Bogs ist sich nämlich offenbar bewußt, wie schwer seine den Sozialpartnern so ausgesprochen weitreichende Befugnisse zuspreekende Auffassung mit der herkömmlichen, privatrechtlichen Theorie von der Stellung der Tarifvertragsparteien und dem Wesen des Tarifvertrags zu vereinbaren ist. Er versucht deshalb in einer kühnen Zusammenschau verschiedenster Faktoren Entwicklungslinien aufzuzeigen, die seit dem Entstehen der Tarifverträge auf unbestritten rein privatrechtlicher Basis zu einem ganz erheblichen Bedeutungswandel geführt hätten, an dessen Ende der noch nicht erreichte, aber anzustrebende Einbau in eine neuartige Form öffentlich-rechtlich gefärbter, umfassender sozialer Selbstverwaltung stehe, die ihrerseits durch den grundsätzlichen Vorrang des Kollektivwillens vor dem Individualwillen gekennzeichnet sei.¹⁴⁾

Als frühe Marksteine dieser Entwicklung sieht Bogs die Einführung der normativen Wirkung und der Unabdingbarkeit durch die Tarifvertragsverordnung an und glaubt weitere Anhaltspunkte für dieses Fortschreiten "vom Vertrag zum Statut" in

13) Als weiteres Unterscheidungsmerkmal wird angeführt - Nawiasky a.a.O., Jellinek, VerwR S.131 - daß diese autonome Rechtssetzung in Ausübung eines eigenen subjektiven Rechts und nicht in strenger Abhängigkeit vom Staat erfolge.

14) RdA 1956, S.4, r.Sp.

15) A.a.O. S.1, 1.Sp.

den Neuerungen des geltenden Tarifvertragsgesetzes erkennen zu können, insbesondere etwa in der Anerkennung der durch den einzelnen kaum noch beeinflussbaren Spitzenorganisationen als Parteien des Tarifvertrags in § 2, Abs. 3 TVG, der inhaltlichen Erweiterung der normativen Wirkung durch § 4, Abs. 2 TVG der Erweiterung des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrags durch § 3, Abs. 2 TVG u.a.m.¹⁶⁾ Insbesondere die Ausdehnung des Geltungsbereichs betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen auf Außenseiter durch § 3, Abs. 2 TVG lasse erkennen, daß die gemeinsame Rechtssetzung der Tarifvertragsparteien nicht mehr mit dem herkömmlichen, im Verbandswesen wurzelnden Autonomiebegriff erfaßt werden könnte, sondern daß hier eine neuartige, allein auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführende erweiterte Autonomie vorliege, deren Wirkungsbereich nur von der gesetzlichen Ermächtigung abhängt.¹⁷⁾ Diese Auffassung von Bogs ermöglicht dann seine schon dargelegte Konstruktion der generellen Erfassung der Außenseiter. Sie beruhe auf der im Tarifvertragsgesetz enthaltenen erweiterten Rechtssetzungsmacht der Tarifvertragsparteien¹⁸⁾, die im übrigen ohnehin nur deren Streben "die Arbeitsbedingungen (im weitesten Sinn) für den ganzen Wirtschaftszweig, auf den sich der Tarifvertrag nach seinem fachlichen Geltungsbereich erstreckt, zu ordnen"¹⁹⁾, sanktioniere.

Im übrigen faßt Bogs seine Ansicht dahingehend zusammen, daß sich die Tarifvertragsparteien parallel zu dieser immer weiter ausgreifenden gesetzlichen Regelung von privatrechtlichen Vereinen, deren Hauptaufgabe die Interessenvertretung ihrer Mitglieder gewesen sei, zu Organisationen entwickelt hätten, denen in weitem Umfang öffentliche Aufgaben übertra-

16) Festschrift S. 53 ff

17) Zusammenfassend RdA 1956, S. 1 ff im 2. Abschnitt unter A, 2

18) A.a.O. S. 5, 1. Sp. oben

19) A.a.O. S. 4, r. Sp., sowie Festschrift, S. 60 unter Berufung auf Lotmar, Archiv für Sozialgesetzgebung und Statistik, Bd. 15, S. 87.

gen worden seien und deren Rechtsstellung im Staate gerade durch die Erfüllung solcher Aufgaben in der Form einer neuen Selbstverwaltung gekennzeichnet wäre. Die tarifliche Regelung der Löhne und Arbeitsbedingungen sei für die Verbände nicht mehr eine Angelegenheit des Aushandelns möglichst günstiger Bedingungen mit einem Vertragspartner, sondern die in Verantwortung gegenüber der Gesamtheit gemeinsam von Arbeitgebern und Arbeitnehmern durchgeführte Erfüllung einer wirtschafts- und sozialpolitischen Aufgabe größten Ausmaßes.²⁰⁾

Diese Ausführungen von Bogs werfen so zahlreiche und vielschichtige Probleme nicht nur juristischer, sondern auch soziologischer Art auf, daß es unmöglich ist, im Rahmen dieser Arbeit vollständig und im einzelnen dazu Stellung zu nehmen. Sie können daher nur insoweit überprüft werden, als sie tatsächlich geeignet sind, seine konkrete Auffassung bezüglich des Wesens der tarifvertraglichen Normensetzung zu stützen. In dieser Beziehung erweist sich eine Auseinandersetzung mit der die Annahme einer echten Delegation erst ermöglichenden These von der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf die Tarifvertragsparteien als unumgänglich.

20) Festschrift S.55 - Bogs hat seine Auffassung a.a.O. S.68 noch weiter dahingehend präzisiert, daß "die Tarifvertragsparteien bei der tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen als öffentlich-rechtliche Verbände kraft gesetzlicher Ermächtigung im Rahmen einer erweiterten Autonomie Recht setzten". - In RdA 1956, S.5, 1.Sp. geht er sogar noch einen Schritt weiter und konstruiert eine durch die Sozialpartner gebildete, der autonomen Rechtssetzung fähige Tarifgemeinschaft. Nikisch, Lehrbuch § 69, Anm.35, bezeichnet dies schlechthin als willkürlich.

§ 6

===

Die These vom Hineinwachsen der Sozialpartner in

öffentliche Aufgaben

Die im vorigen Paragraphen dargelegte Auffassung von Bogs kann man mit Huber¹⁾ schlagwortartig kennzeichnen, als die These vom Hineinwachsen der Sozialpartner in öffentliche Aufgaben. Sie ist das notwendige Gegenstück zu der Grundthese, daß die Sozialpartner staatliche Befugnisse ausübten. Eine solche Ausdeutung der tariflichen Normensetzung findet sich in der Literatur vor allem noch bei Nikisch²⁾, ohne daß aber von ihm bezüglich der Außenseiter die gleichen Folgerungen gezogen würden.³⁾

Nikisch geht von der Erkenntnis aus, daß die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen für größere Gruppen von Arbeitnehmern, wie sie im Tarifvertrag erfolgt, in einem modernen Industriestaat schlechthin unentbehrlich ist. Es liege hier eine Aufgabe vor, deren befriedigende, den wirtschaftlichen und sozialen Erfordernissen Rechnung tragende Lösung das Gemeinwohl auf das stärkste berühre und für die Ordnung des

1) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd.2, S.377 f

2) Lehrbuch, Bd.2, §§ 60, I, 61, II, 69, II, 1. - Anklänge auch bei Maus, Komm., Einleitung, S.36, Kaskel, Lehrbuch, 3. Aufl. S.20, Anm.3, der davon ausgehend den Tarifvertrag als (öffentlich-rechtliche) Vereinbarung qualifiziert, sowie bei Herschel, "Tarifmacht" S.3, wenn er im Anschluß an Kahn-Freund, Archiv für Sozialwissenschaften, Bd.67, S.163 formuliert: "Es treten die Organisationen auch und gerade bei der Wahrnehmung ihrer Autonomie in den Dienst des Staates. Sie werden zu öffentlichen Einrichtungen". Diese Auffassung läßt sich allerdings mit seinen neueren Ausführungen in Festschrift, S.130 f kaum mehr vereinbaren.

3) Vgl. seine Ausführungen a.a.O. § 87, I,1; der Hinweis auf Bogs - a.a.O. § 87, Anm. 26 - ist deshalb unverständlich.

Arbeitslebens unumgänglich notwendig sei. Insbesondere lasse die Friedenswirkung, die von jedem Tarifvertrag ausgehe, das Zustandekommen von Tarifverträgen im öffentlichen Interesse als dringend erwünscht erscheinen.⁴⁾

Aus dieser überragenden, über die Belange der unmittelbar Beteiligten weit hinausgehenden Bedeutung der kollektiven Regelung der allgemeinen Arbeitsbedingungen müsse dann aber auch der Schluß gezogen werden, daß es sich hier eigentlich um staatliche Aufgaben handle, die der Staat an sich selbst regeln müßte.⁵⁾ Dieser hätte sie aber in der Einsicht, daß die freie Vereinbarung der Beteiligten dem gemeinen Besten im allgemeinen zuträglich sei, als der staatliche Machtanspruch, den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden übertragen und, soweit erforderlich, die staatlichen Machtmittel durch Delegation zur Verfügung gestellt.⁵⁾

Mit dieser Beleihung habe sich aber auch in der Stellung der Tarifvertragsparteien eine bedeutsame Veränderung vollzogen. Sie seien nun nicht mehr rein private, von keiner Verantwortung gegenüber dem Ganzen belastete Vereinigungen, die nur auf ihren einseitig gesehenen Vorteil bedacht, rücksichtslos mit dem Gegenspieler um möglichst weitgehende Zugeständnisse kämpften, sondern sie stellten sich nunmehr dar, als der Allgemeinheit verantwortliche, gemeinsame Träger einer ihnen vom Staat anvertrauten sozialen Selbstverwaltung.⁶⁾ Damit seien sie über ihr bloß privatrechtliches Dasein hinausgehoben worden und hätten nach Art der beliebigen Unternehmer eine Sonderstellung erhalten, die dadurch gekennzeichnet sei, daß sie zwar nicht formal, aber doch funktionell

4) A.a.O. S.44/45

5) A.a.O. S.45

6) A.a.O. S.46 oben; vgl. auch Bogs, Festschrift S.55

dem öffentlichen Recht zugerechnet werden müsse.⁷⁾

Gegen diese Ausführungen von Nikisch ist insoweit nichts zu erinnern, als sie die Bedeutung, die die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen in der Tat heute für die Allgemeinheit gewonnen hat, unterstreichen. Die Folgerungen, daß es sich hier demgemäß um übertragene staatliche Aufgaben handle und deshalb den Sozialpartnern der öffentlich-rechtliche Status beliehener Unternehmer zuzuerkennen, sie in die mittelbare Staatsverwaltung zu integrieren seien, sind jedoch keineswegs zwingend. Sie widersprechen m.E. der historischen Entwicklung, verkennen deren Zwangsläufigkeit und sind auch mit der gegenwärtigen soziologisch-politischen Realität kaum in Einklang zu bringen.

Einen noch immer großen Erkenntniswert birgt insofern der historische Vorgang der Entstehung der Tarifverträge.⁸⁾ Es ist unbestritten, daß diese nicht etwa einer großzügigen staatlichen Gewährung oder gar Förderung ihr Dasein verdanken, sondern daß die Tarifverträge ursprünglich sogar im Gegensatz zum Staat im rein privatrechtlichen Bereich von den Beteiligten im Wege der Selbsthilfe zur eigenverantwortlichen kollektiven Ordnung ihrer Rechtsbeziehungen geschaffen wurden, weil der Staat selbst diese Aufgabe völlig vernachlässigt hatte und deshalb untragbare Verhältnisse entstanden waren. Auch der interessante Vorgang der ersten ge-

7) A.a.O. § 61, II, 3, S.71 zu Anm.33. Konsequenz zieht Nikisch denn auch den Schluß - a.a.O. § 69, II 5 - der Tarifvertrag sei zumindest in seinem normativen Teil ein öffentlich-rechtlicher Normenvertrag. Diese früher schon von Sinzheimer, Grundzüge S.273 f, und heute besonders nachdrücklich von Huber, a.a.O. S.431 f, vertretene Auffassung läßt sich in der Tat kaum widerlegen, wenn man eine echte Delegation annimmt. Nipperdey, Lehrbuch S.262, Anm.15 - gegen ihn Nikisch a.a.O. § 69, Anm.47 - weicht dem Problem letztlich aus, wenn er lediglich auf die nicht weiter qualifizierte Vertragsnatur der tariflichen Normensetzung abstellt. Vgl. dazu im übrigen den nächsten Paragraphen, Molitor ArbrBl, Tarifvertrag, I, B, Anm. zur E 1, sowie unten § 9 zu und in Anm. 20 u. 21.

8) Vgl. Nikisch selbst, etwa S.47, sowie vor allem in § 68.

setzlichen Regelung des Tarifrechts durch den Rat der Volksbeauftragten in der Tarifvertragsverordnung von 1918⁹⁾ kennzeichnet sich nicht etwa als eine staatliche Inpflichtnahme der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, sondern viel eher als eine dem Staat abgetrotzte, das Unvermeidbare mit dem Zweckmäßigen verbindende rechtliche Anerkennung einer längst vollendeten soziologischen Faktizität.

Sicherlich verlor diese frühe Frontstellung zwischen Staat und Sozialpartner viel von ihrer Schärfe, als der Staat die von Nikisch so hervorgehobene Ordnungs- und Friedensfunktion der Tarifverträge einmal erkannt hatte, aber sie verschwand auch dadurch nicht völlig, daß er mit seiner Gesetzgebung Wesentliches zum weiteren Ausbau und zur Verstärkung der Wirksamkeit des Tarifwesens beisteuerte. Denn auch das entsprang keineswegs einem großmütigen Gewähren, geschweige denn einer "Verstaatlichungsabsicht", sondern war mehr als zwangsläufig. Der Staat hatte nämlich, wenn man vom Sonderfall des Dritten Reiches absieht, nie eine ernsthafte Chance, den Sozialpartnern ihren okkupierten Aufgabenbereich wieder abzunehmen. Die Vereinigungen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber waren in der Weimarer Zeit und sind auch heute wieder verfassungsrechtlich¹⁰⁾ geschützt, d.h. ihre Stellung war und ist gerade im Zeitalter des sozialen Rechtsstaats praktisch unantastbar. Außerdem ist man sich heute auch darüber einig, daß diese ein Höchstmaß von Schutzwirkung in sich schließende verfassungsrechtliche Garantie das Institut des Tarifvertrages mit umfaßt¹¹⁾. Diese verfassungsrechtliche Garantie war aber auch angesichts der politischen Konstellation, insbesondere etwa angesichts der Erfahrungen im Dritten Reich, jeweils durchaus zwangsläufig. Eine andere Grundsatz-

9) Vgl. oben § 2 im Text zu Anm. 1 - 4

10) Art. 9, Abs. 3 GG

11) BVerfG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Nikisch a.a.O. § 60, II, 2, Nipperdey, Lehrbuch Bd. 2, S. 30 f. - Die noch bestehenden Differenzen betreffen lediglich hier nicht interessierende Fragen.

entscheidung war gar nicht möglich, es wäre undenkbar gewesen, etwa die Sozialpartner nach dem zweiten Weltkrieg nicht wieder in ihre alten Rechte einzusetzen.

Bei dieser Ausgangslage ist es nur selbstverständlich, daß der Staat den Wirkungsgrad der eindeutig außerstaatlichen Rechtssetzung durch gesetzliche Ausgestaltung erhöhte, damit diese wenigstens ihre als wertvoll erkannten Funktionen voll erfüllen konnte. Eine solche resignierende Anerkennung ist aber etwas völlig anderes, als die selbstherrlich-freiwillige Übertragung, aus der ein bestimmter Vollzugsanspruch abgeleitet werden könnte.

Aus all dem erhellt, daß bezüglich der Stellung und des Wirkungsbereichs der Sozialpartner¹²⁾ keineswegs von einer Übertragung staatlicher Aufgaben auf insoweit in Pflicht genommene private Verbände gesprochen werden kann, sondern daß sich die Tarifvertragsparteien und hier in erster Linie die Gewerkschaften einen eigenen Machtbereich geschaffen und diesen auch behauptet haben, von dem der Staat weitgehend ausgeschlossen ist.¹³⁾ Er kann lediglich versuchen, solchen Tendenzen, die er positiv bewertet durch Indienststellung staatlicher Machtmittel zum Durchbruch und zur höchsten Wirksamkeit zu verhelfen.¹⁴⁾

12) Ob das Gleiche auch für die Rechtssetzungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien gilt, ist eine andere, später zu entscheidende Frage. Vgl. dazu unten §§ 8 u. 9.

13) Vgl. dazu Herschel, Festschrift S.130/131, sowie etwa auch schon Molitor, ArbR 1924, S.171 f.

14) Bogs führt zur Rechtfertigung seiner Ansicht in Festschrift S.60 noch das "natürliche" Ausdehnungsbestreben der kollektiven Regelung an, das zeige, daß die Sozialpartner das staatliche Anliegen einer allumfassenden Ordnung des Arbeitslebens bereits in ihre Zielsetzung aufgenommen hätten. Dem muß widersprochen werden. Sicherlich streben insbesondere die Gewerkschaften in Krisenzeiten danach, den Wirkungsbereich der tariflichen Regelung zu erweitern. Aber heute wird im Zeichen einer ausgesprochen guten Konjunktur auch schon die umgekehrte Forderung erhoben, die erkämpften Vorteile sollten nur den Organisierten zugute kommen (sog. Ausschußklauseln). - Gegen Bogs insoweit auch Nikisch a.a.O. S.490 unten.

Im übrigen spricht auch die gegenwärtige soziologisch-politische Stellung der beteiligten Verbände gegen die These, daß der Staat hier vertrauensvoll wichtige Aufgaben auf verantwortungsbewußte Verbände übertragen habe. Nicht nur die Grundhaltung der Gewerkschaften, ihr oft krasser Gegensatz zur Mehrheit im Parlament und zur Regierung, sowie etwa ihre Labilität gegenüber radikalen Einflüssen sprechen gegen diese Vorstellungen, sondern ganz allgemein der m.E. so eindeutig wie eh und je vorhandene Charakter beider Tarifvertragsparteien als primärer Interessenverbände, der es unausweichlich mit sich bringt, daß sie in Verfolgung der Aufträge ihrer Mitglieder immer wieder und nicht nur bezüglich der Lohn-, sondern im Bereich der ganzen Wirtschaftspolitik in einen für die Annahme einer ja dann völlig selbständigen Erledigung originär staatlicher, nur Übertragener Aufgaben schlechthin unerträglichen Gegensatz zu eben diesem Staat geraten. An dieser unbestreitbaren Faktizität muß die These von der Übertragung staatlicher Aufgaben auf die Sozialpartner scheitern.¹⁵⁾

Alle diese Momente lassen m.E. bei nüchterner Betrachtungsweise nur den Schluß zu: der soziologische Unterbau, den Bogs und Nikisch als notwendiges Korrelat zu ihrer Delegations-theorie konstruiert haben, ist nicht vorhanden. Ein Integrierungsprozeß, der die Auffassung von der Betrauung der Sozialpartner mit öffentlichen Aufgaben nahegelegt hätte, ist nicht festzustellen. Das als Argument bemühte öffentliche Interesse

15) Die in diesem Zusammenhang so oft erhobenen Appelle an ein gemeinsames Verantwortungsbewußtsein der Sozialpartner sind sicherlich sehr berechtigt, und es ist zu hoffen, daß sie im Laufe der Zeit wenigstens teilweise Erfolg haben. Aber das ändert nichts daran, daß immer eine gewisse Spannung zwischen der Erscheinungsform als privatem Interessenverband und dem das allgemeine Wohl berührenden und deshalb Objektivität erfordernden Wirkungsbereich bestehen wird. Diese wesensmäßige Spannung darf m.E. bei der rechtlichen Konstruktion nicht außer Acht gelassen werden. Nur auf unerfüllten und letztlich unerfüllbaren Postulaten kann eine rechtliche Wertung jedenfalls nicht aufgebaut werden.

am Abschluß von Tarifverträgen erweist sich lediglich als Reflexwirkung der Ordnungs- und Friedensfunktion der tariflichen Regelung. Es fehlt demgemäß schlechthin jeder Anhaltspunkt dafür, daß der tatsächliche Machtbereich der Sozialpartner auf einer Übertragung öffentlicher Aufgaben durch den Staat beruht. Die Auffassung, daß es sich hier lediglich um eine teils ertrotzte, teils aus Zweckmäßigkeitsgründen erfolgte Anerkennung einer nicht mehr rückgängig zu machenden tatsächlichen Entwicklung handelt, liegt näher.¹⁶⁾

-
- 16) Aus dieser Erkenntnis heraus ergeben sich nun auch die grundlegenden, entgegen Herschel und Bogs - vgl. oben § 4 zu Anm. 2 und § 5 zu Anm. 4 - jede Parallele schlechthin ausschließenden Unterschiede zur Rechtssetzung der Berufsgenossenschaften und der Innungen. Zwar handelt es sich in beiden Fällen rein formal um außerstaatliche, d.h. nicht in die Staatsorganisation eingebaute Rechtssetzung. Aber ganz im Gegenteil zu den auch materiell im privatrechtlichen Bereich wurzelnden Tarifvertragsparteien verdanken jene ihre moderne Gestalt und ihren konkreten Aufgabenbereich, der bezeichnenderweise sogar Pflichtaufgaben umfaßt, allein der staatlichen Initiative. Ihr Wirkungsbereich ist denn in der Tat auch allein vom Umfang der staatlichen Ermächtigung abhängig. Der wahrhaft autonome Charakter der Tarifvertragsparteien bedingt dagegen, wie noch näher darzulegen sein wird, auch heute noch eine wesensmäßige Begrenzung ihrer rechtlichen Befugnisse auf ihre Mitglieder. Vgl. dazu noch unten § 7 und 9.

§ 7
===

Übersicht über den Begriff der autonomen Normensetzung

Dieser eben herausgearbeitete entwicklungsgeschichtliche und soziologisch-politische Befund spricht zwar gegen die These von der Übertragung staatlicher Aufgaben auf die insoweit in öffentlich-rechtliche Funktionen hineingewachsenen Vereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob nicht wenigstens die zweifellos vorhandene Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien auf eine Delegation im rechtstechnischen Sinn zurückgeführt werden muß. Diese Ansicht vertritt - allerdings nur hilfsweise - auch Nikisch, wenn er gegenüber den Einwendungen aus der geschichtlichen Entwicklung darauf hinweist, daß man als Gegenstand der Delegation lediglich die den Tarifvertragsparteien vorher fehlende Normsetzungsbefugnis ansehen könne.¹⁾ Sie ist im Schrifttum auch sonst weit verbreitet²⁾ und beruht auf der grundsätzlichen Anerkennung eines staatlichen Rechtssetzungsmonopols, das jede autonome Rechtssetzung im ursprünglichen Sinn ausschließt.

Es ist nun allerdings schon zweifelhaft, ob überhaupt von einem staatlichen Rechtssetzungsmonopol ausgegangen werden muß.³⁾ Selbst wenn dies jedoch der Fall ist, bleibt die weitere, schon früher gestreifte Frage offen, ob nicht dennoch im weiten Bereich der abgeleiteten Rechtssetzung gewisse, eine Einschränkung des Kreises

1) A.a.O. § 60, I, 2, S. 46 unten

2) Maus, Komm., Einl. 2 Abschnitt unter A, d; Herbert Krüger RdA 1957, S.202; Hildegard Krüger NJW 1955, S. 684; Sieg AcP Bd.151, S. 252; Prost NJW 1955, S.1463; ferner - allerdings mit besonderer öffentlich-rechtlicher Färbung - Huber a.a.O. S.427 ff, sowie selbst Berger BB 1956, S. 533 ff unter III, 1 und DVBl 1956, S 858. Auch das Bundesarbeitsgericht geht in AP Nr.18 zu Art.3 GG von einer Delegation aus.

der Normadressaten fordernde und damit u.U. die Bogssche These von der Erfassung der Außenseiter widerlegende Besonderheiten bestehen, auf denen auch heute noch ein echter Autonomie-Begriff aufgebaut werden kann. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine Untersuchung des einschlägigen Schrifttums, das allerdings insoweit nicht sehr ergiebig ist.

So stellt Nipperdey zwar einleitend fest: "Das durch den Tarifvertrag gesetzte Recht ist autonomes Recht."⁴⁾ Aus dieser Kennzeichnung werden jedoch keine besonderen Folgerungen gezogen. Nipperdey führt lediglich aus, die moderne Autonomie sei nicht mehr originär, sondern jeder Träger einer (sog.) autonomen Rechtssetzungsbefugnis leite dieses Recht aus der Ermächtigung oder Zulassung des Staates ab, der allein objektives Recht schaffen, diese Fähigkeit aber auch übertragen könne. Der Begriff der Autonomie sei demnach nicht mehr im klassischen Sinn zu verstehen, sondern lediglich als die auf staatlicher Ermächtigung beruhende Befugnis eines nichtstaatlichen Verbandes, objektives Recht zu setzen.⁵⁾ Bei den autonomen Normen handle es sich also um vom Staat abgespaltenes, kraft staatlicher Delegation gesetztes objektives Recht. Es ist nur folgerichtig, wenn er daraus den Schluß zieht, daß der Umfang der Autonomie, insbesondere der Kreis der Normadressaten lediglich durch den Umfang der gesetzlichen Ermächtigung bestimmt werde.⁴⁾ Im krassen Gegensatz zu dieser an sich eindeutigen und sich insoweit völlig mit der Auffassung von Bogs deckenden Ansicht führt Nipperdey aber an anderer Stelle aus: "Die Tarifvertragsparteien können bindende Normen naturgemäß (!) nur für ihre Mitglieder aufstellen. Das folgt aus dem Wesen der Autonomie (!),

4) Lehrbuch § 18, III, 2, S. 262 ff

5) Ähnlich Sieg, a.a.O., S. 252

die keine Rechtssetzungsgewalt gegenüber Nichtmitgliedern enthält."⁶⁾

Dieser eklatante Widerspruch zeigt auf, wie unbestimmt und vieldeutig die hier verwendeten Begriffe der Autonomie und der Delegation offenbar sind und er legt weiter die Auffassung nahe, daß hier u.U. die wahre Vorstellung vom Wesen der tarifvertraglichen Normensetzung hinter mißverstandenen fremden Begriffen verborgen ist, daß eine wirkliche Autonomie der Sozialpartner gar nicht so weitgehend geleugnet werden soll, wie dies zwangsläufig angenommen werden muß, wenn Autonomie und delegierte Rechtssetzung - scheinbar in Ermangelung einer Alternative - so völlig gleichgesetzt werden.

Von einem echten qualitativen Unterschied zwischen autonomer und delegierter staatlicher Rechtssetzung gehen denn auch eine ganze Reihe von Autoren aus, die zwar auch annehmen, daß die Normqualität der Tarifbestimmungen letzten Endes auf den Staat zurückgeht, sich aber scheuen, von Delegation zu sprechen und zwar mit dem Hinweis darauf, daß doch der Inhalt der Tarifnormen völlig unabhängig vom Staat und unter Berücksichtigung des Willens und der Interessen eines durch die Verbandsmitgliedschaft gekennzeichneten Personenkreises zustande komme.

So führt etwa Hueck aus, der Tarifvertrag sei zwar in seinem normativen Teil Rechtsquelle, aber diese Rechtsnormen seien kein staatlich gesetztes Recht, sondern Normen, die die Verbände für ihre Mitglieder schafften und zwar ganz unabhängig von jedem staatlichen Einfluß. Man könne deshalb nicht sagen, daß der Tarifvertrag kraft staatlicher Delegation Rechtsnormen setze, vielmehr erkenne der Staat lediglich die von den privaten Verbänden geschaffenen Normen als wirksam an, sie seien

6) A.a.O. § 34, I, 3

deshalb nicht staatliches, sondern autonomes Recht.⁷⁾

Hier wird also der Begriff der Autonomie in einer ganz anderen, dem Wortsinn näherliegenden Bedeutung gebraucht. Die Entscheidung zwischen den dargelegten verschiedenen Auffassungen über die richtige Konstruktion der tarifvertraglichen Normensetzung hängt also offenbar weitgehend von einer genauen Untersuchung der Autonomie ab.

Die Stellungnahme des modernen öffentlich-rechtlichen Schrifttums ist höchst unbefriedigend und zwar zunächst einmal deshalb, weil der Begriff der Autonomie nicht im Rahmen einer allgemeinen Rechtsquellenlehre, sondern lediglich für den Bereich des Verwaltungsrechts entwickelt wird. Ein typisches Beispiel dafür ist Forsthoff, der die Autonomie von vornherein auf den Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung beschränkt.⁸⁾ Damit verliert

7) Gutachten S. 27 ff - Ähnlich Beitzke in seiner Anmerkung zu AP Nr. 4 zu Art.3 GG und Schnorr RdA 1955, S.3 ff, der darauf hinweist, daß der Gesetzgeber nicht die Fähigkeit zum Abschluß von Tarifverträgen als solche delegiert, sondern lediglich dem bereits bestehenden Institut des Tarifvertrages die Eigenschaft objektiven Rechts verliehen habe. Gegen die Annahme einer Delegation auch schon Kaskel, Lehrbuch S. 20, allerdings im Zusammenhang mit seiner besonderen Auffassung vom Wesen der Vereinbarung, sowie Herschel Festschrift S.130 f und BABl 1955, S.290, Wertenbruch RdA 1959, S.67, Klein, a.a.O. S. 112, wohl selbst Hamann a.a.O. S.33, sowie vor allem, wenn auch von einer ganz anderen Grundauffassung aus, Molitor Arbr.Bl., Tarifvertrag, I,B, Anm.zur Entscheidung 1 und Mendigo ArbuR 1954, S.253.

Noch einen Schritt weiter gehen die Autoren - Bonner Institutsgutachten S.180, Schätzel RdA 1950, S.248, sowie wohl auch Knolle BB1949, S. 451 - , die nicht nur auf das vom Staat völlig unbeeinflusste inhaltliche Zustandekommen der tariflichen Normen verweisen, sondern auch deren Geltung auf den freiwilligen Verbandsbeitritt zurückführen. Dagegen wendet Nipperdey ein - Gutachten S.14 -, daß damit die selbstherrliche Geltung und damit auch die Eigenschaft der Tarifverträge, objektives Recht zu enthalten, dem Gesetz widersprechend geleugnet werde. Vgl. dazu unten § 9 zu u.in Anm.20.

8) Lehrbuch, § 24, I, c.

dieser Begriff viel von seiner herkömmlichen Problematik. Bestand und Umfang einer so verstandenen Autonomie werden lediglich aus der gesetzlichen Ermächtigung abgeleitet und das Ergebnis ist eine recht blasse Definition als die nur Trägern öffentlicher Verwaltung zustehende Fähigkeit, verbindliche Sätze objektiven Rechts zu schaffen.⁹⁾ Die ebenfalls das Prädikat "autonom" beanspruchenden besonderen Rechtssetzungsvorgänge des Arbeitsrecht, die möglicherweise zu einer anderen Begriffsbildung Anlaß geben könnten, werden als eigentümlich ausgeschieden und hinsichtlich der wissenschaftlichen Behandlung dem Arbeitsrecht zugewiesen.¹⁰⁾

Mit dieser recht mageren Auskunft könnte man sich für den Bereich des Verwaltungsrechts noch zufrieden geben, wenn wenigstens das bei dieser Begriffsbestimmung besonders wichtige Problem der Abgrenzung einer so verstandenen autonomen Rechtssetzung von der anderen Form abgeleiteter Rechtssetzung, dem Erlaß von Rechtsverordnungen, eindeutig gelöst wäre. Aber Forsthoff begnügt sich mit der vorsichtigen Feststellung, die Satzung, wie das Produkt autonomer Rechtssetzung herkömmlich genannt wird, nähere sich nach Begriff und Wesen stark der Rechtsverordnung.¹¹⁾

Hamann ist dagegen in seiner Spezialuntersuchung "Autonome Satzungen und Verfassungsrecht" wesentlich konsequenter: er leugnet mit der Begründung, daß beide Rechtssetzungsformen in gleichem Maße von staatlicher Ermächtigung abhängig seien, schlechterdings jeden echten, wesensmäßigen Unterschied zwischen autonomer Satzung und Rechtsverordnung.¹²⁾

9) A.a.O. S. 420

10) A.a.O. S. 422 oben

11) A.a.O. § 7 unter A, 4 a.E.

12) Zusammenfassend a.a.O. S. 53; auf Hamann wird noch des öfteren zurückzukommen sein.

Während Hamann damit praktisch den schon bei Forsthoff ziemlich inhaltsleer gewordenen Begriff der Autonomie für das Verwaltungsrecht überhaupt preisgibt, ist H.J. Wolff der Ansicht, daß auch heute noch ein echter Unterschied zwischen autonomer Satzung und Rechtsverordnung bestehe. Beide seien zwar das Produkt abgeleiteter Rechtsquellen, aber im Gegensatz zu den Rechtsverordnungen beruhten die autonomen Satzungen nicht auf einer delegierten staatlichen, sondern auf einer vom Staat eingeräumten eigenen Rechtssetzungsgewalt des Verbandes. Autonome Satzungen würden in Ausübung eines subjektiven öffentlichen Rechts, Verordnungen dagegen in Wahrnehmung einer delegierten Zuständigkeit erlassen.¹³⁾

Wolff stellt also entscheidend auf die Verbandsgewalt ab, und er hat damit auf ein Moment hingewiesen, das schon früher bei der Abgrenzung der Autonomie gegenüber der Staatsgewalt eine große Rolle gespielt hat und in der Tat allein geeignet ist, einen echten Unterschied zwischen autonomer und delegierter Rechtssetzung zu begründen.

Der Begriff der Verbandsgewalt geht letztlich auf Otto von Gierke zurück.¹⁴⁾ Zwar konnte sich seine genossenschaftliche Rechtstheorie mit ihrer These von der originären Satzungsgewalt einer jeden organisierten Gemeinschaft nicht durchsetzen, aber ihr wesentlichstes Moment, eben das Abstellen auf die Verbandsgewalt, blieb erhalten und ging in den Begriff der Autonomie ein. Die Verbandsgewalt beinhaltet dort zwar nicht mehr eine ursprüngliche Normsetzungsbefugnis, behielt aber ihren aus dem Auftrag der Mitglieder abgeleiteten eigentümlichen Charakter, der sie weiter als eine eigenständige, nur der Vollendung aus eigener Kraft nicht mehr

13) Kurzlehrbuch § 25, IX, a,2, sowie in der Besprechung in NJW 1958, S.2010; gegen Hamann auch Gönnerwein JZ 1959, S.189; vgl. ferner Klein a.a.O. S.109 ff.
14) Deutsches Privatrecht, Bd. 1, § 19, S. 142 ff.

fähige Vorstufe der Satzungsgewalt erscheinen ließ. Der eigentliche Rechtsschöpfungsvorgang erfolgt nach dieser Auffassung demnach auf durchaus eigenständiger, vom Staat unabhängiger Grundlage, beruht auf der Verbandsgewalt, und lediglich die Normqualität kommt von außen, muß durch den Staat verliehen werden.

Ein solcher Autonomiebegriff findet sich, wenn auch nicht so scharf herausgearbeitet, etwa bei Peters¹⁵⁾ und bei Fleiner¹⁶⁾. Beide¹⁷⁾ führen zwar auch die Normqualität der autonomen Satzungen letztlich auf den Staat zurück¹⁸⁾, aber sie stellen dabei nicht auf eine Delegation vorher fehlender Befugnisse, sondern auf die bloße Anerkennung von bereits Vorhandenem ab.

Man sollte meinen, daß eine so verstandene autonome Rechtssetzung wesensmäßig und unbedingt auf den Kreis der Verbandsmitglieder beschränkt sei, da ihr ausschlaggebender Faktor, die Verbandsgewalt, seine spezifische Eigenschaft ja gerade und ausschließlich dem Willen der Mitglieder verdankt. Dieser rein begrifflich gewonnenen Erkenntnis scheint jedoch selbst die genossenschaftliche Rechtstheorie entgegenzustehen. Bereits Otto von Gierke vertrat nämlich die Ansicht, daß eine autonome Satzung auch Nichtmitglieder binden könnte, und zwar ohne daß insoweit auf eine delegierte staatliche Rechtssetzungsmacht zurückgegriffen werden müßte.¹⁹⁾

15) Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2, § 79, S. 264 ff.

16) Institutionen, S. 78 ff., S. 116

17) M.E. auch Fleiner, dessen Ausführungen allerdings nicht ganz eindeutig sind.

18) Und betrachten damit die Autonomie als abgeleitete Rechtsquelle.

19) A.a.O., S. 153, Anm. 47.

Dieser scheinbare Widerspruch löst sich jedoch auf, wenn man berücksichtigt, daß Otto von Gierke seiner organisierten Gemeinschaft von vornherein einen nicht unbedingt auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkten konkreten eigenen Aufgabenbereich zuerkannte und insoweit auch ihre (originäre) Herrschaftsgewalt erstreckte. Dann konnten allerdings innerhalb dieses Bereichs auch Nichtmitglieder erfaßt werden.

Diese Konstruktion war aber mit der Vorstellung von der Existenz ursprünglicher, mit allen Hoheitsbefugnissen aus eigenem Recht ausgestatteter sozialer Einheiten unlösbar verbunden. Als das Monopolstreben des modernen Staates diese Vorstellung unmöglich machte, entfiel dieses Übergreifen eines Verbandes qua (originärer) Funktion.²⁰⁾ Eine Autonomie konnte damit wirklich nur noch auf den Willen der Mitglieder zurückgeführt werden, die so konstituierte Verbandsgewalt blieb dann aber auch wesensmäßig auf sie beschränkt. Die Erfassung von Außenseitern war nur noch möglich, wenn insoweit auf delegierte staatliche Rechtssetzungsmacht zurückgegriffen werden konnte.²¹⁾ Damit bestand aber ein echter qualitativer Unterschied zwischen der Rechtssetzung für Verbandsmitglieder und der Rechtssetzung für Außenseiter.

20) In der Festgabe für Nawiasky schreibt Hueck S.197: "Es kann ihnen (den Tarifvertragsparteien), wenn man nicht völlig den Rahmen des geltenden Rechts verlassen will, keine Gesetzgebungsgewalt gegenüber Nichtmitgliedern eingeräumt werden."

21) Das hat der insoweit viel angegriffene Peters a.a.O. S.266 klar herausgearbeitet, indem er dort ausführt, daß es sich dann nicht um autonome Rechtssetzung, sondern um den Erlaß von Rechtsverordnungen kraft staatlicher Delegation handle. Auch Otto Mayer, Dt.VerwR, 3.Aufl, S.87, Anm.11 meint, es müsse eigentlich einleuchten, daß hier ein Unterschied bestehe. Selbst Hamann erkennt a.a.O. S.22, S.30 die entscheidende Bedeutung dieses Gesichtspunkts an, während die entgegengesetzte Auffassung Fleiners - a.a.O. S.80, insbesondere Anm. 76 - auf den insoweit mißverständlichen Ausführungen Otto von Gierkes beruht. Vgl. dazu auch Klein, a.a.O., S.111.

Auch diese Unterscheidung wird allerdings hinfällig, wenn man mit Hamann²²⁾ die Bedeutung der Verbandsgewalt für die autonome Rechtssetzung leugnet, ganz auf die nur vom Staat ableitbare Normqualität der autonomen Satzung abstellt und den Unterschied zum Erlaß von Rechtsverordnungen höchstens noch in äußeren Momenten sieht.²³⁾ Dann ist der Umfang der Autonomie begrifflich überhaupt nicht begrenzt, er hängt in der Tat nur noch vom Umfang der staatlichen Ermächtigung ab. Damit verliert aber der Begriff der Autonomie seinen eigentlichen Sinn.

Als Ausgangspunkt für die nun erforderlich gewordene Einordnung der tariflichen Normensetzung selbst kann demnach die Erkenntnis dienen, daß von einer wirklichen, von abgeleiteter staatlicher Rechtssetzung wesensverschiedenen und eben kraft des besonderen Charakters dieser Wesensverschiedenheit auf die Verbandsmitglieder beschränkten Autonomie nur dann gesprochen werden kann, wenn der Verbandsgewalt oder vorsichtiger ausgedrückt dem kollektiven Willen der Verbandsmitglieder eine wesentliche, eine ausschlaggebende Bedeutung für den Normenschöpfungsprozeß beizumessen ist. Sollte festgestellt werden müssen, daß aus der Verbandsgewalt heute kein originärer, eigener Verbindlichkeits- und Vollzugsanspruch mehr abgeleitet werden kann, sollte damit also eine ursprüngliche Autonomie ausscheiden, so ist doch noch weiter zu prüfen, ob nicht wenigstens der inhaltlich ja völlig unbeeinflusste Vorgang der tariflichen Normensetzung eine solche Eigenständigkeit besitzt, daß von einer in einem dann näher darzulegenden Gegensatz zur echten Delegation stehenden bloßen staatlichen Sanktion gesprochen werden kann.

22) A.a.O. S. 21 ff.

23) So wohl auch Jellinek a.a.O. S.131 ff und Nebinger a.a.O. S.114, sowie Otto Mayer Dt.VerwR, 1.Aufl. 1895, S.129, Anm.18, ferner stillschweigend auch Forsthoff a.a.O. § 24, I, c.

Im übrigen kann aber auf Grund der eben vorgenommenen Untersuchung bereits hier festgestellt werden, daß der von Bogs aufgestellte und von Herschel so nachdrücklich verteidigte Begriff der "erweiterten" Autonomie in sich widersprüchlich ist. Wenn man nämlich mit den Genannten lediglich auf den Umfang der staatlichen Ermächtigung abstellt, ist eine solche autonome Rechtssetzung wesensmäßig überhaupt nicht begrenzt, der Nachweis einer Erweiterung erübrigt sich. Erkennt man jedoch eine spezifische, im privatrechtlichen Bereich wurzelnde Verbandsgewalt als Element der Autonomie an, so ergibt sich daraus zwangsläufig eine Beschränkung dieser Autonomie auf die Verbandsmitglieder. Die Erfassung von Außenseitern ist dann nur kraft zusätzlichen staatlichen Auftrags und kraft zusätzlicher staatlicher Befugnisse möglich. Sie unterscheidet sich damit aber auch von richtig verstandener autonomer Rechtssetzung und zwar in einem Grade, der eine gemeinsame Begriffsbildung ausschließt. Der paradoxe Begriff der erweiterten Autonomie muß demnach aus der weiteren Erörterung ausgeschieden werden. Er ist nicht geeignet, im Folgenden evtl. auftretende qualitative Unterschiede zwischen delegierter und autonomer Rechtssetzung zu überbrücken. Der "dritte Fall" "externer Rechtsgeltung", die "echte Außenwirkung"²⁴⁾ ist mit der Rechtsquellenlehre unvereinbar.²⁵⁾

24) Herschel, Festschrift S. 128/129

25) Zu Herschels Kurtaxenbeispiel vgl. oben § 4, Anm. 3.

§ 8
===

Die rechtliche Qualität eigenständiger Verbands-
regelungen, gemessen am Begriff des Rechtssatzes

I

Der Drang, die Isolierung des Individuums durch Gemeinschaftsbildung zu überwinden, ist eine allgemein menschliche Eigenschaft, die sich nicht in der Schaffung einer umfassenden (Staats-) Gemeinschaft erschöpft, sondern auch innerhalb einer solchen eine Vielzahl nach Aufgabe und Umfang verschiedener Sondergruppen hervorbringt.¹⁾ Alle diese Sondergruppen haben das aus ihrem Wesen als Gemeinschaft entspringende, nach Aufgabe und Größe der Gruppe sehr verschieden ausgeprägte Bedürfnis, eine bestimmte Ordnung des Gruppenlebens, eine allmähliche Ausrichtung der Mitglieder auf den Gruppenzweck zu erreichen. Sie sind demnach bestrebt, zunächst das Verhältnis oder besser das Verhalten des Einzelnen zur Gruppe, zur Gruppenorganisation, dann aber auch das Verhalten der Mitglieder untereinander und auf einer späteren Entwicklungsstufe sogar das Verhalten der Gruppenmitglieder zu Dritten zu regeln,²⁾ und zwar möglichst eigenständig und möglichst wirksam.

1) Vgl. zu der einleitend folgenden, nur die eigene Auffassung wiedergebenden kurzen Darstellung des die Grundlage echter außerstaatlicher Rechtssetzung bildenden eigenen Regelungsbestrebens der Verbände insbesondere Meyer-Cording, a.a.O. §§ 8 u. 9, S. 41 ff, ferner die Ausführungen von Raiser, a.a.O. §§ 4 - 6, sowie etwa Nawiasky, Allg. Rechtslehre, S. 78,

2) Vgl. Molitor, Außerstaatliches Recht S. 13/14, Raiser, a.a.O., S. 68 ff.

Der Problemkreis der Eigenständigkeit wird durch den Begriff der Selbstverwaltung gekennzeichnet, die Wirksamkeit der getroffenen Regelung hängt dagegen von ihrer Qualität ab, d.h. von der Art und Weise ihrer Durchsetzbarkeit und damit von der jeweiligen Ausprägung des zwischen den Gruppenmitgliedern und der Gruppenorganisation bestehenden Subordinationsverhältnisses, auf dem die sog. Verbandsgewalt, die allein die Durchsetzung der Verbandsregelungen, der Verbandsnormen, übernehmen kann, beruht.³⁾

Das Verhältnis zwischen Organisation und Individuum bereitet insofern weniger Schwierigkeiten, als die anordnende Gruppenorganisation selbst direkt beteiligt ist und über die Verbandsgewalt verfügt, der sich der Einzelne durch seinen Beitritt zur Gruppe unterworfen hat. Damit kann ein satzungsgemäßes Verhalten des sich etwa auflehrenden Individuums unmittelbar durch Verhängung der vorgesehenen Sanktionen erzwungen werden.

Problematisch ist dagegen die Durchsetzung der das Verhältnis der Mitglieder untereinander und zu Gruppenfremden betreffenden Normen und zwar insbesondere dann, wenn diese Normen gerade die inhaltliche Gestaltung eines solchen (Rechts-) Verhältnisses zum Gegenstand haben. Zwar könnte auch hier die insoweit als Hoheits-träger ausgestaltete Gruppenorganisation die Durchsetzung übernehmen, wiederum indem sie - wie etwa bei der bloßen Fremdgarantie gegenseitiger Abmachungen - bei einer Auf-lehnung zu Sanktionen greift. Aber das würde bei den eine inhaltliche Gestaltung bezweckenden allgemeinen Normen eine unsachgemäße Verzögerung bedeuten, während ihr bestimmungsgemäßes sofortiges Wirksamwerden in jedem Einzelfall von einem mit der getroffenen Regelung übereinstimmenden neuen Willensentschluß der Beteiligten abhinge. Gerade davon will aber eine voraus-

3) Meyer-Cording a.a.O., S.48.

schauend für eine ganze Reihe von Einzelfällen gedachte allgemeine Regelung wesensmäßig unabhängig sein. Zu ihrer Durchsetzung wird daher von den Normschöpfern, auch den Sondergruppen, die sich auf logischer Basis vollziehende, unmittelbare (gesetzesgleiche) Wirkung angestrebt.

Spätestens an diesem Punkt gerät die Sondergemeinschaft jedoch in Gegensatz zur Universalgemeinschaft, dem Staat, der insbesondere in der Neuzeit gerade kraft seiner Universalität den Anspruch erhebt, allein das Verhältnis der Individuen zueinander auf unmittelbarer Basis regeln zu können. Es entsteht damit ein besonderes Spannungsverhältnis zwischen Universal- und Sondergemeinschaft, das im Laufe der rechtsgeschichtlichen Entwicklung je nach der Stärke der Kontrahenten und den herrschenden soziologischen Vorstellungen alle möglichen Ausprägungen erfahren hat. Dieses Spannungsverhältnis ist von sehr umfassender und komplexer Natur. Es kann und soll hier nur insoweit untersucht werden, als es sich eben um die Normqualität der von Sondergruppen geschaffenen allgemeinen Regelungen handelt, insoweit also, als Sondergruppen oder jetzt konkreter privatrechtliche Verbände dem Staat gegenüber eine eigene, von ihm unabhängige oder doch wenigstens nur teilweise abhängige Befugnis zur Normenschöpfung in Anspruch nehmen.

Dieser begrenzte Problemkreis wird herkömmlich durch den Begriff der Autonomie gekennzeichnet, der damit unabhängig von der im vorigen Paragraphen vorgenommenen historischen Untersuchung neu zu entwickeln ist. Die beiden begrifflichen Extreme stellen die Anerkennung einer eigenständigen originären Satzungsgewalt gewisser Verbände und die Inanspruchnahme eines absoluten, jede wesentliche Beteiligung eines Verbandes als solchem ausschließenden Rechtssetzungsmonopols des Staates

dar. Welche Entscheidung im Zeitalter mächtiger und anerkannter Verbände, aber auch im Zeitalter des für den Schutz seiner Bürger verantwortlichen Rechtsstaats getroffen werden kann, hängt zunächst von einer Bestimmung des Begriffs objektives Recht, bzw. des Begriffs des Rechtssatzes ab.

II

Der Begriff des Rechtssatzes wird herkömmlicherweise in Gegenüberstellung zum bloßen Rechtsgeschäft gewonnen.⁴⁾ Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird dabei gesehen in der auf einer Ebene der Gleichordnung erfolgenden einmaligen Koordinierung der verschiedenen subjektiven Interessen und Ziele der unmittelbaren Vertragspartner und es wird angenommen, daß bei dieser Koordinierung zumindest ein zweckmäßiges, wenn auch nicht notwendig ein billiges Ergebnis herauskomme. Rechtswirksamkeit, d.h. die Anerkennung und die Garantie einer rechtlichen Bindung der Beteiligten durch die Gemeinschaftsorganisation stehe dem Rechtsgeschäft nicht aus sich selbst heraus, sondern nur deshalb zu, weil es einen bestimmten Tatbestand darstelle, dem der Staat in einer generellen Norm unter Anerkennung der sog. Privatautonomie von vornherein Geltungskraft verliehen habe.

Ganz im Gegensatz dazu gehe es aber bei der Rechtsschöpfung nicht bloß um den Interessenausgleich einiger weniger, nur am gleichen konkreten Sachverhalt interessierter Personen, sondern um die einheitliche und dauerhafte, auch für zukünftige Fälle verbindlich sein wollende und daher abstrakt und generell gefaßte Regelung eines ganzen bestimmten Lebensbereichs. Angesichts dieses Absehens vom Einzelfall und der Blickrichtung auf das Allgemeine müsse eine solche Regelung neben der Zweckmäßigkeit aber auch das Moment der Gerechtigkeit

4) Vgl. Meyer-Cording a.a.O. S.44 f, Raiser a.a.O.S.63 ff.

in sich aufnehmen, denn nur dann sei die Übereinstimmung mit der Rechtsüberzeugung und damit die Anerkennung durch die Betroffenen gewährleistet. Aus dieser postulierten Übereinstimmung des inneren Gehalts der allgemeinen (normativen) Regelung mit der ihrerseits wieder als mit den absoluten Gerechtigkeitswerten konform vorausgesetzten allgemeinen Rechtsüberzeugung wird dann der den Willen der Einzelnen ausschaltende besondere Geltungsanspruch abgeleitet, der als das Charakteristikum der Norm angesehen wird.⁵⁾ Mit diesem besonderen Verbindlichkeits- und Vollzugsanspruch⁶⁾ werde die Ebene der Koordination verlassen, die Subordination und der daraus abgeleitete hoheitlich-selbstherrliche Geltungsanspruch, die Einseitigkeit der Norm trete als scharfer Gegensatz zum Rechtsgeschäft zutage.

Diese in herkömmlicher Weise gewonnene Unterscheidung stellt jedoch, wie vor allem Raiser nachgewiesen hat⁷⁾, zu sehr auf die Extreme ab und verkennt die Bedeutung der auch hier auftauchenden Zwischenformen. Insbesondere beschränkt sich die Privatautonomie nicht darauf, im einzelnen die Anwendungsfälle für die staatlichen Normen zu liefern, sondern gerade die Verbände benutzen die sich soweit erstreckende, eben durch den Begriff der Privatautonomie gekennzeichnete Freiheitssphäre, um ihrerseits aus eigenem, angeborenen Antrieb heraus in ihrem durch den Verbandszweck bestimmten Aufgabenbereich die Rechtsverhältnisse ihrer Mitglieder selbst nach Art des Staates generell zu regeln.⁸⁾ Auch sie verlassen dabei, befähigt durch die angeborene Unterwerfung unter den Staat ersetzende freiwillige

5) Meyer-Cording, a.a.O.S.46, Raiser, a.a.O. S.66

6) H.J. Wolff, Kurzlehrbuch § 24, I, b

7) A.a.O. S.63 ff

8) Molitor, a.a.O. S.13.

"Unterwerfung" der Mitglieder unter die Verbandsgewalt im privatrechtlichen Bereich die Ebene der Koordination genauso weit wie der Staat und auch sie erheben für die Produkte ihres Regelungsbedürfnisses einen allgemeinen Geltungsanspruch, dessen innere, von den bloßen Machtverhältnissen unabhängige Berechtigung oft zweifelhaft ist, sich aber zumindest im Fall der tariflichen Rechtssetzung aus dem Gerechtigkeitswert der getroffenen Regelung ergibt. Dieser beim gewissermaßen neutralen Gesetzgeber einfach vorausgesetzte Gerechtigkeitswert leitet sich hier ab aus dem Interessenkampf ums "richtige" Recht, die "Richtigkeitskontrolle" liegt im dialektischen Zusammenspiel der gegensätzlichen egoistischen Interessen, das nur mit einem neutralisierenden Kompromiß enden kann.⁹⁾

Auch private Verbände sind demnach in der Lage, über den Einzelfall hinausgehende allgemeine Regelungen zu schaffen und zwar mit einem aus denselben Momenten wie beim staatlichen Recht abgeleiteten Geltungsanspruch. Ob damit jedoch schon alle von echtem objektivem Recht zufordernden Eigenschaften erfüllt sind oder ob es sich nur - wie Raiser meint¹⁰⁾ - um Recht im soziologischen Sinn handelt, kann nur eine weitere Untersuchung der verschiedenen Rechtssatzdefinitionen lehren.

9) Herbert Krüger, RdA 1957, S.202; vgl. auch Larenz, Lehrbuch Bd.1, 3. Aufl., S.79, sowie Molitor, a.a.O. S.19

10) A.a.O. S.75/76

III

Molitor, der auf der genossenschaftlichen Rechtstheorie aufbauend auch für die Gegenwart ein Rechtssetzungsmonopol des Staates leugnet, definiert den Begriff des objektiven Rechts als Inbegriff solcher Normen, "die unter einer gewissen Abstrahierung von den Besonderheiten des einzelnen Falles eine Mehrheit von Rechtsverhältnissen in der Weise regeln, daß an einen hypothetischen Tatbestand bestimmte Rechtswirkungen geknüpft werden."¹¹⁾

Diese lediglich auf den Inhalt, auf die abstrakte und generelle Kennzeichnung des zu regelnden Tatbestandes abstellende Definition umfaßt mit ihrem Verzicht auf Wirksamkeitsgarantien allerdings auch die Produkte außerstaatlicher, verbandlicher Rechtsschöpfung,¹²⁾ deren Normqualität gemessen an der herrschenden staatsrechtlichen Definition gerade zweifelhaft ist. Nach dieser stellt sich ein Rechtssatz nämlich dar, als "eine nach allgemeinen Merkmalen erfolgende, für den Einzelfall verbindliche Ordnung äußerer menschlicher Beziehungen mit einer von freiwilliger Unterwerfung unabhängigen selbstherrlichen Geltungskraft".¹³⁾

Damit wird über den bloßen Geltungsanspruch hinaus auf die Geltungskraft abgestellt.¹⁴⁾ Zwar hebt auch Molitor in etwa auf eine Art von Geltungskraft ab, wenn er verlangt, daß der Staat die Durchsetzung des

11) A.a.O. S.13; Anklänge bei Mendigo, ArbuR 1954, S.253 f

12) Z.B. die Vereinssatzung, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch, wenn man von § 1 TVG einmal absieht, also den ursprünglichen Rechtszustand betrachtet, die Tarifverträge

13) Jacobi, Grundlehren S.76/77

14) Ebenso Raiser S.68.

außerstaatlichen Rechts "mit rechtlichem Zwang" übernehmen müsse¹⁵⁾. Damit hat er aber zum einen seine These von der Eigenständigkeit der außerstaatlichen Rechtssetzung selbst aufgegeben. Völlige Autonomie kann nämlich nur dort bestehen, wo der Träger der Normschöpfung die Geltung und die Durchsetzung seines Rechts aus sich selbst heraus sichern kann.¹⁶⁾ Zum anderen ergibt sich weiter aus seiner Ablehnung eines "unmittelbaren Rechtszwanges"¹⁷⁾, daß er sich mit den allgemeinen, bereits mit der staatsrechtlichen Anerkennung der Privatautonomie zur Verfügung stehenden Sanktionen begnügen will. Damit ist aber wiederum nur eine nachträgliche, auf der Verantwortlichkeit des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft aufbauende Erzwingbarkeit erreicht, nicht aber jene selbstherrliche Geltung, die die Norm im staatsrechtlichen Sinn kraft ihrer Verbundenheit mit dem Hoheitsträger Staat aus sich selbst heraus besitzt und die keiner Ableitung aus einer übergeordneten Norm mehr bedarf.

Neben einer so verstandenen Ursprünglichkeit der Geltung beinhaltet das Merkmal der selbstherrlichen Geltung der staatsrechtlichen Definition aber auch noch die willensunabhängige, unmittelbare Geltung. Die mit der Norm bezweckte besondere Ausformung eines Rechtsverhältnisses soll demnach eintreten, ohne daß es noch eines damit konform gehenden besonderen Willensentschlusses der Beteiligten bedürfte. Das zeigt sich gerade bei solchen Normen, die allgemein die inhaltliche Gestaltung von Rechtsverhältnissen bezwecken. Die Berechtigung dieses Definitionselementes ergibt sich, wie bereits dargelegt, daraus, daß die Norm

15) A.a.O. S.11, vgl. auch seine Ausführungen in ArbR 1923, S.325 u. 329

16) Raiser a.a.O. S.73, Anm.2

17) A.a.O. S.11

nicht nur eine unverbindliche Aussage, ein Werturteil, enthält, sondern daß sie ein Instrument zur verbindlichen, über die Belange des Einzelnen hinausgreifenden allgemeinen Regelung des Gruppenlebens ist, dessen Wirksamkeit nur dann genügend gesichert ist, wenn es auf den Willensentschluß u.U. widerstrebender Gruppenmitglieder nicht mehr ankommt.

Es genügt also bezüglich der Normqualität der außerstaatlichen allgemeinen Verbandsregelungen nicht der Nachweis, daß sie gewisse Eigenschaften mit dem staatlichen Recht gemeinsam haben, sondern es ist erforderlich, daß sie aus sich selbst heraus jene besondere Geltungskraft erlangen können, die in Gestalt der unmittelbaren, willensunabhängigen Wirkung bei den staatlichen Normen durch ihre Verknüpfung mit der besonderen staatlichen Hoheitsgewalt eo ipso vorhanden ist, aber auch als allgemeines Merkmal des Normbegriffs anerkannt werden muß. Diese unmittelbare Geltung kann aber von außerstaatlichen Verbänden heute nicht mehr erreicht werden, weil der Staat die zur Durchsetzung erforderliche Hoheitsgewalt zweifellos als Monopol besitzt.

Das Gegenteil kann auch nicht mit der Existenz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewiesen werden. Hier hat zwar das moderne Wirtschaftsleben einen Komplex allgemeiner Rechtsregeln hervorgebracht, bei denen die Eigenentwicklung zum objektiven Recht nicht wie bei den Tarifverträgen durch das Eingreifen des Gesetzgebers unterbrochen wurde, so daß noch festgestellt werden kann, daß auch außerstaatlich ein Wirkungsgrad erreicht wurde, der an eine Parallele zur Unmittelbarkeit der staatlichen Norm zumindest denken läßt. Es ist heute in der Rechtsprechung, der insoweit quasi die "Sanktion" zufällt, anerkannt¹⁸⁾, daß bei solchen Unternehmen, bei denen nach der Verkehrsauffassung mit dem

18) Vgl. etwa BGHZ Bd.12, S.142.

Vorhandensein von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerechnet werden muß, diese auch ohne (subjektive) willentliche Bezugnahme Vertragsinhalt werden¹⁹⁾, sofern nur die Möglichkeit der Kenntnisaufnahme bestand.²⁰⁾ Sucht man jedoch nach der Quelle dieser scheinbaren Unmittelbarkeit, so zeigt es sich, daß es sich hier eben doch nicht um die selbstherrliche Geltung der staatsrechtlichen Definition, sondern letztlich wiederum nur um eine Geltung kraft vorgegebenen staatlichen Rechtssatzes handelt. Denn wenn man auch die recht fiktiven Konstruktionsversuche auf dem Wege der (objektiven) Auslegung stillschweigender Willenserklärungen außer Acht läßt und etwa mit Krause²¹⁾ den Widerspruch des Vertragspartners gegen die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar nicht als Rechtspflicht, aber doch als Obliegenheit ansieht, so wird doch auch insoweit die Geltung auf dem Wege über die nähere Ausgestaltung des Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben, also aus § 242 BGB abgeleitet. Der Gegensatz zwischen privatem Rechtsgeschäft, mag es auch materiell eine Normenschöpfung zum Gegenstand haben, und staatlichem Rechtssatz ist demnach in der Tat zumindest bezüglich der bis jetzt allein interessierenden Bindungsseite unübersteiglich. Die sich auf logischer Basis vollziehende apriorische selbstherrlich-unmittelbare Wirkung bleibt dem Staate vorbehalten.²²⁾

19) Daß die Möglichkeit, ihre Geltung durch ausdrücklichen Widerspruch zu verhindern, an ihrer Normqualität gegebenenfalls nichts ändern würde, beweist die Existenz dispositiver Normen.

20) Eine Parallele zur Publizität staatlicher Normen

21) BB 1955, S. 265

22) Vgl. schon Jacobi, a.a.O. S. 224.

Das mag nicht von vornherein begriffsnotwendig sein, aber es ist die Folge der aus der historischen Entwicklung hervorgegangenen gegenwärtigen Vorstellungen vom Wesen und der Stärke der Staatsgewalt, die allein die Wirksamkeit der Normen garantiert.

Damit ist entgegen Molitor²³⁾ auch dieser Untersuchung ein staatliches Rechtssetzungsmonopol zugrunde zu legen. Die außerstaatlichen Verbände verfügen zwar nach wie vor über eine im Einzelfall verschieden ausgestaltete Verbandsgewalt. Diese umfaßt aber eine eigene Rechtssetzungsbefugnis nicht mehr. Eine klassische, originäre Autonomie ist heute in der Tat nicht mehr denkbar. Es muß demnach versucht werden, die Tarifautonomie in einen anderen, ihrer Eigenständigkeit entsprechenden Zusammenhang einzuordnen.

23) ArbrBl, Tarifvertrag, I, B, Anm. zur Entscheidung 1

Die (Tarif-) Autonomie als von echter delegierter

Rechtssetzung wesensverschiedener Sonderfall abge-
leiteter Rechtssetzung

I

Die Anerkennung eines staatlichen Rechtssetzungsmonopols scheint nun notwendig auch die Anerkennung der Delegationstheorie nach sich zu ziehen, denn die Eigenschaft objektives Recht zu sein, läßt sich nunmehr in der Tat nur noch vom Staat ableiten. Bedenken gegen diese Folgerung könnten sich allerdings zunächst einmal daraus ergeben, daß hier ein Begriff, der ursprünglich nur für die abgeleitete Rechtssetzung der Staatsverwaltung in Form von Rechtsverordnungen gebildet worden war, ganz allgemein zur Erklärung jeder außerhalb der Legislative stattfindenden, also auch der eigentlichen außerstaatlichen, d.h. außerhalb der Staatsorganisation, u.U. sogar im privatrechtlichen Bereich erfolgenden Rechtssetzung verwendet wird. Das scheint jedoch nicht entscheidend zu sein. Das Rechtssetzungsmonopol kommt im Zeitalter der Gewaltenteilung ohnehin nur der Legislative zu. Jegliche anderweitige Rechtssetzung kann nur auf ihre, im Grunde undifferenzierte Ermächtigung zurückgeführt werden. Die Verschiedenheiten sind lediglich formeller Natur, sie betreffen die Rechtsform und die Organisation der Träger der abgeleiteten Rechtssetzungsbefugnisse. Bei ihrer Auswahl ist der Gesetzgeber aber - vorläufig einmal abgesehen von verfassungsrechtlichen Schranken - grundsätzlich frei, so daß eine begriffliche Unterscheidung darauf nicht gegründet werden kann.

Der Schluß von dem Bestehen eines Rechtssetzungsmonopols auf die Richtigkeit der Delegationstheorie ist jedoch insofern voreilig, als ihm der noch unbewiesene weitere Satz zugrundeliegt, daß nur eine Delegation im herkömmlichen undifferenzierten Sinn eine Rechtssetzung außerhalb der Legislative ermöglichen könne. Es ist aber gerade fraglich, ob in all den Fällen dekonzentrierter Rechtssetzung der Delegationsvorgang qualitativ wirklich völlig der gleiche ist, ob nicht vielmehr gewisse Unterschiede bestehen, die dazu zwingen, verschiedene Formen abgeleiteter Rechtssetzung anzunehmen und damit die Einheitlichkeit des Delegationsbegriffs zu sprengen.¹⁾

Von vornherein verkannt wird das Problem, wenn man nur auf die formelle Normqualität der Produkte dekonzentrierter Rechtsschöpfung abstellt. Denn mit der damit allein gekennzeichneten, auf der Staatsgewalt beruhenden formellen Bindungswirkung ist das Wesen der Norm nicht erschöpft. Es ist vielmehr auch auf ihre materielle Seite, ihren bereits beschriebenen Charakter als allgemeiner, abstrakt und generell formulierter, dauerhafter, mit der Rechtsidee nicht in Widerspruch stehender und sich auf ein bestimmtes Sachgebiet beziehender Regelung abzustellen.²⁾ Gerade die Betrachtung der Genesis der Norm zeigt nämlich, daß die Erteilung des Gesetzesbefehls, die Sanktion, nur den Abschluß des eigentlichen Rechtsschöpfungsvorganges darstellt, daß ihr das ganze Verfahren der inhaltlichen Festlegung der Normen vorausgeht, mit dem der Normschöpfer seinem Regelungsauftrag nachkommt.³⁾ Das Gesetzgebungsverfahren läßt sich also

1) Klein unterscheidet beispielsweise a.a.O. S.111 - allerdings ohne weitere Begründung - zwischen einer Verordnungs- und einer Autonomiedelegation; differenzierend auch H.J. Wolff in NJW 1958, S.2010 (Besprechung Hamann)

2) Vgl. oben § 8

3) Vgl. dazu Nawiascky, Allg.Rechtslehre S.69 und Allg. Staatslehre, 2.Teil, 2.Bd. § 57

zumindest⁴⁾ in zwei Hauptabschnitte zerlegen, nämlich einmal in die auf einen bestimmten Regelungsauftrag zurückgehende inhaltliche Normenschöpfung und zum anderen in den abschließenden Akt der Verbindlicherklärung. Diesen beiden verschiedenen Verfahrensabschnitten entsprechen zwei durchaus verschiedene Befugnisse und Fähigkeiten: der allgemeinen, in der staatlichen Hoheitsgewalt enthaltenen Fähigkeit, Normen ihren charakteristischen Wirkungsgrad zu verleihen, steht die besondere, weil - wie allein schon die Kompetenzregelung der Artikel 74 ff GG zeigt - durchaus nicht generell gegebene Befugnis gegenüber, das betreffende Sachgebiet überhaupt zu regeln.

Lassen sich aber in der Tat entsprechend der Differenzierung zwischen Inhalt und Wirkung der Norm im Verlauf des Normenschöpfungsprozesses zwei verschiedene Befugnisse feststellen, so muß auch - und damit wird diese Betrachtungsweise erst richtig fruchtbar - der Delegationsvorgang dergestalt aufgespalten werden, d.h. der Vorgang der Übertragung rechtssetzender Gewalt stellt sich einmal dar als Erteilung eines bestimmten Regelungsauftrags und zum anderen als Übertragung der Fähigkeit, die auf Grund des Regelungsauftrags inhaltlich geschaffenen Regelungen als Rechtsnormen verbindlich zu machen. Eine solche Doppelübertragung verbirgt sich denn auch immer dann unter dem Begriff der Delegation, wenn der Staat im Wege der Dekonzentration Rechtssetzungsaufgaben auf bisher unzuständige Stellen überträgt. Diese Delegationsempfänger, etwa die wesensmäßig an sich nur zur Ausführung der Regelung berufene Verwaltung, empfangen deshalb ihre Legitimation zur Rechtssetzung vollinhaltlich vom Staat allein.

4) Die weitere Differenzierung der staatsrechtlichen Lehre - vgl. Nawiasky a.a.O., sowie etwa Maunz, Kurzlehrbuch § 20, IV - betrifft nur die Förmlichkeiten und kann deshalb hier außer Betracht bleiben.

Nicht jede außerstaatliche Rechtssetzung ist jedoch von einer solchen Volldelegation abhängig. Die Unterscheidung zwischen der Regelungsbefugnis und der Fähigkeit der Verbindlicherklärung ermöglicht vielmehr eine Differenzierung. Es hat sich bereits bei der Untersuchung des Normbegriffs ergeben⁵⁾, daß die inhaltliche Normschöpfung durch die Verbände, das Aufstellen eigener Normenkomplexe, das Monopolstreben des Staates allein noch nicht berührt. Der Staat bleibt selbst dann noch grundsätzlich passiv und beschränkt sich auf eine allgemeine Kontrolle⁶⁾, wenn die privaten Verbände beginnen, ihre selbstgeschaffenen Normen mit allen Mitteln eines hochentwickelten eigenen Sanktionenkatalogs durchzusetzen.⁷⁾ Nur die Verleihung des höchsten und für staatliche Normen typischen Wirkungsgrades, der gesetzesgleichen, willensunabhängigen, unmittelbaren Bindungswirkung behält sich der Staat selbst vor. Sein Monopolstreben bezieht sich allein auf diese formelle, die Bindungsseite. Die oben getroffene Feststellung kann demnach dahingehend ergänzt, bzw. berichtigt werden, daß der Staat zwar ein formelles Rechtssetzungsmonopol, aber kein materielles Rechtsschöpfungsmonopol besitzt.⁸⁾

Ein eigenes verbandliches Regelungsbestreben, bzw. weitergehend eine auf dem Willen und dem Auftrag der Mitglieder aufbauende, im Verbandsinteresse und in der Verbandsaufgabe zum Ausdruck kommende, eigene Regelungsfähigkeit ist aber bereits als Charakteristikum auch der außerstaatlichen organisierten Zweckgemeinschaft erkannt worden.⁹⁾ Auf dieser eigenen, in der Privat-

5) Vgl. oben § 8

6) Vgl. z.B. für die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Larenz, Lehrbuch, Bd. 1, 3.Aufl. S.79

7) Vgl. dazu etwa Meyer-Cording a.a.O. §§ 3 u. 4, sowie neuerdings in JZ 1959, S.649 unter II

8) Vgl. Raiser a.a.O. S.68/69, S.74

9) Vgl. oben § 8 unter I

autonomie wurzelnden Regelungsfähigkeit beruht denn auch bei der richtig verstandenen autonomen Rechtssetzung die inhaltliche Normbildung, so daß sich ein staatlicher Regelungsauftrag erübrigt, und es nur noch der Verleihung der förmlichen Normqualität bedarf. Diese hier noch erforderliche "Delegation" stellt sich aber gegenüber der normalen, auch einen Regelungsauftrag enthaltenden Delegation als deutliches Minus dar. Es besteht demnach schon im Übertragungsvorgang ein wesentlicher Unterschied zwischen echter delegierter und so verstandener autonomer Rechtssetzung.

Die Tatsache, daß sich die Normqualität allgemeiner Regelungen nur noch vom Staat ableiten läßt, zwingt also nicht dazu, die Ursprünglichkeit jedes außerstaatlichen Rechts in vollem Umfang zu leugnen. Es ist vielmehr danach zu unterscheiden, ob auch die weiteren Elemente eines jeden Rechtsetzungsvorganges, der Regelungsauftrag und die Regelungsfähigkeit, auf den Staat zurückgehen - dann liegt eine echte Delegation vor - oder ob nicht wenigstens diese ihre Wurzeln im privatrechtlichen Bereich haben - dann kann auch heute noch mit einigem Recht von wirklicher Autonomie gesprochen werden.

Mit dieser besonderen Berücksichtigung des Vorganges der inhaltlichen Normbildung wird aber nun auch das auf einer Überbewertung des staatlichen Rechtssetzungsmonopols beruhende Argument, jegliche abgeleitete Rechtssetzung sei in ihrem Umfang lediglich vom Umfang der staatlichen Delegation abhängig¹⁰⁾, hinfällig. Denn bei dieser autonomen Rechtssetzung leitet sich das wesentliche, begriffsbestimmende Element, die eigene Regelungsbefugnis gerade nicht auch vom Staat, sondern letztlich aus dem Willen der Mitglieder,

10) Hamann a.a.O. S.30; vgl. auch oben § 5 zu und in Anm. 11

d.h. aus dem Bereich der Privatautonomie ab.¹¹⁾ Damit ergibt sich aber für den Wirkungsbereich der autonomen Rechtssetzung eine eindeutige, nicht zu überschreitende Beschränkung auf den Mitgliederkreis.¹²⁾

Als Ergebnis kann demnach zunächst einmal festgehalten werden, daß auch heute noch sehr wohl eine wirkliche autonome Rechtssetzung denkbar ist. Sie ist dadurch gekennzeichnet, daß bei ihr der normalerweise mit einer Delegation verbundene staatliche Regelungsauftrag entfällt, weil er sich aus der im Privatrecht wurzelnden originären Verbandsaufgabe ergibt, so daß es in diesem Fall nur noch der Übertragung der Befugnis, die aus eigenem Antrieb geschaffenen Regelungen als Rechtsnormen verbindlich zu machen, bedarf.¹³⁾ Eine solche zwingend auf den Kreis der Mitglieder beschränkte autonome Rechtssetzung liegt zumindest immer dann vor, wenn der beliebene Verband bereits vorher als eigenständige Gruppe mit eigenem Regelungsbestreben bezüglich der Verbandsaufgaben existent war.¹⁴⁾

11) Dies ist der grundlegende Unterschied zur Auffassung Hamanns, der zwar die grundsätzliche Bedeutung der Verbandsgewalt für den Autonomiebegriff erkennt - vgl. a.a.O. S.18, 22 - diese aber a.a.O. S.20 vergeblich im öffentlich-rechtlichen Bereich unterzubringen versucht.

12) Vgl. auch schon oben § 7 a.E.

13) Damit ist auch dem Anliegen Molitors Rechnung getragen, der ja immer wieder - allerdings unter Vernachlässigung der Bindungsseite - auf diese originäre, materielle Seite der autonomen Rechtssetzung hingewiesen hat.

14) Ob sich auch noch andere Formen abgeleiteter Rechtssetzung finden lassen, die sich von delegierter Rechtssetzung in dem hier vertretenen engen Sinn durch besondere Merkmale unterscheiden, kann hier nicht weiter geprüft werden. Es scheint aber, als ob noch manche wesensmäßige Differenzierung möglich wäre.

II

Überträgt man diese Grundsätze auf die tarifvertragliche Rechtssetzung, so ist es nunmehr ganz offenkundig, daß hier eine so verstandene autonome Rechtssetzung vorliegt. Es wurde schon im Zusammenhang mit der These von der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf die Tarifvertragsparteien dargelegt, daß ein die Sozialpartner in den Bereich mittelbarer Staatsverwaltung einbeziehender Integrierungsprozeß nicht stattgefunden hat, daß also die Stellung der Tarifvertragsparteien auch nach der fast zwangsläufigen Übertragung von Normsetzungsbefugnissen noch immer durch eine eifersüchtig gehütete, ursprüngliche Unabhängigkeit und Eigenständigkeit gekennzeichnet ist¹⁵⁾. Die tarifliche Normensetzung kann deshalb geradezu als Musterbeispiel für die aus eigenem Antrieb erfolgende, völlig unbeeinflusste Aufstellung allgemeiner Regeln gelten, die ihre inhaltliche Legitimation allein durch die Bezugnahme auf den die Verbandsgewalt konstituierenden Mitgliederwillen erhalten und demnach als autonom bezeichnet werden müssen. Diesen selbstverantwortlich geschaffenen allgemeinen Regelungen fehlte in der Tat nur noch die Verleihung der förmlichen Normqualität durch den allerdings allein dazu berufenen Hoheitsträger Staat, die dann mit § 1 TVG vorgenommen wurde.

Allein der Normcharakter, der im übrigen in ihrem Bestand und kraft ihrer autonomen Herkunft auch in ihrem Wirkungsbereich bereits festliegenden Regelungen des Tarifvertrages wird aber durch § 1 TVG gewährleistet. Etwas anderes ist dieser Bestimmung nicht zu entnehmen. Insbesondere kann eine auch die Außenseiter einbeziehende Übertragung rechtssetzender Gewalt wegen der nachgewiesenen, schon im Übertragungsvorgang bestehenden

15) Vgl. oben § 6

Unterschiede zwischen delegierter und autonomer Rechtssetzung in § 1 TVG nicht enthalten sein. Die Außenseiter könnten vielmehr nur dann von vornherein an die Tarifnormen gebunden sein, wenn im Tarifvertragsgesetz eine diesbezügliche, ausdrückliche, auch einen Regelungsauftrag umfassende, weitere Delegation enthalten wäre. Trotz erheblicher, sich aus der Existenz des Artikels 80 GG ergebender formeller Bedenken¹⁶⁾ könnte u.U. für den Sonderfall der betrieblichen und betriebsverfassungrechtlichen Normen eine solche in § 3 Abs. 2 TVG gesehen werden.¹⁷⁾ Dem für eine generelle, sich auf die Außenseiter beziehende Delegation allein in Frage kommenden § 5 TVG kann eine solche dagegen nicht entnommen werden, denn selbst wenn man der Auffassung von Bogs folgt, setzt § 5 TVG doch bereits eine Delegation voraus. In der Bestimmung selbst ist jedenfalls auch mit keinem Wort von der als erforderlich erkannten zusätzlichen Übertragung rechtssetzender Gewalt die Rede.¹⁸⁾

Gegen die hier vertretene Anerkennung der Verbandsgewalt oder besser des aus dem Willen der Mitglieder abgeleiteten verbandlichen Regelungsauftrags als spezifischem Faktor der autonomen tarifvertraglichen Normensetzung kann auch nicht eingewandt werden, daß die tariflichen Normen nicht nur die Mitglieder eines Verbandes, sondern darüber hinaus auch die Mitglieder eines zweiten, mit dem ersten in keiner Weise organisatorisch verbundenen Verbandes erfassen und damit die wesensmäßigen Grenzen der Verbandsgewalt überschritten.¹⁹⁾

16) Vgl. etwa v. Mangoldt, Komm. § 80; B. Wolff, AöR Bd. 78, S. 194 ff.

17) Vgl. aber unten § 10 a.E.

18) Vgl. Maus, Komm. Anm. 95 zu § 5

19) So Maus, Komm. Einl. S. 37/38, S. 47.

Bei dieser Argumentation wird nämlich übersehen, daß auch insoweit zwischen der Wirkung der tarifvertraglichen Normen und dem Prozeß ihres Zustandekommens unterschieden werden muß. Die selbstherrliche Erfassung beider Mitgliederkreise kann selbstverständlich allein auf die in den Dienst der Verbände gestellte staatliche Hoheitsgewalt zurückgeführt werden und nicht etwa auf die Verbandsgewalt.^{20) 21)} Diese ist aber eben der konstitutive Faktor des Normenschöpfungsprozesses und dieser Prozeß hat seine Wurzel im einzelnen Verband; der als Charakteristikum der organisierten Zweckgemeinschaft erkannte Regelungsauftrag der Mitglieder befähigt erst die Verbandsorgane, die den tariflichen Normen zugrunde liegenden allgemeinen Regelungen aufzustellen. Auf welchem Wege sie dies tun, ist eine untergeordnete Frage. Am nächsten liegt natürlich in der Regel die Aufstellung eines einseitigen Verbandsstatuts. Das ist im Fall der Tarifvertragsparteien jedoch entbehrlich und wird durch den Abschluß eines gemeinschaftlichen Vertrages ersetzt, weil sich der beiderseitige Regelungsauftrag ohnehin nicht auf die

20) A.A. zu Unrecht Schätzkel, RdA 1950, S.252, der übersieht, daß es nicht auf das Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien als Organisationen, sondern auf die Beziehung zwischen den entstandenen Normen und den Betroffenen, den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien, ankommt. Vgl. dazu auch unten Anm.22

21) Damit ist im übrigen auch das Argument Nipperdeys - Gutachten S.14, vgl. auch schon oben § 7, Anm.7 - ausgeräumt, das Abstellen auf die freiwillige Mitgliedschaft sei mit der durch § 1 TVG festgelegten Normqualität der tariflichen Bestimmungen unvereinbar. Diese freiwillige "Unterwerfung" bezieht sich lediglich auf den von Nipperdey vernachlässigten Entstehungsprozeß der Tarifnormen und auch insoweit wird nicht etwa auf eine indirekte Stellvertretung abgestellt, sondern vielmehr darauf, daß durch freiwilligen, zielgerichteten Verbandsbeitritt ein außerstaatlicher, völlig unbeeinflußbarer, mehrfach abgestufter Organisationskomplex entstanden ist, dem ein eigenes Regelungsbestreben immanent ist, das als wesentlicher Faktor der autonomen Rechtssetzung anerkannt werden muß.

Regelung interner Verbandsangelegenheiten, sondern auf das Verhältnis der Mitglieder der beiden Verbände zueinander bezieht, insoweit also ein korrespondierender Regelungsauftrag vorliegt, dessen Erfüllung durch Vertrag naheliegt. Man darf dies nicht als Besonderheit ansehen, sondern als weitere Entwicklungsstufe des verbandlichen Regelungsbestrebens.

Wenn man allerdings die Unterscheidung zwischen dem Entstehungsprozeß und dem Akt der Verbindlicherklärung²²⁾ der tariflichen Normen konsequent weiterführt, muß man wohl zu dem Ergebnis kommen, daß hier auf vertraglichem Wege eine gemeinsame, im Vertrag enthaltene, kraft der staatlichen Hoheitsgewalt verbindliche autonome Satzung geschaffen wird. Die Vertragsform kann demnach nur auf den außerstaatlichen Schöpfungsprozeß bezogen werden, der geschaffene Normenkomplex stellt sich dagegen in seiner Wirkung gegenüber den Mitgliedern als autonome Satzung dar.²³⁾ Ob man diesen Vertrag dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuordnet, ist m.E. lediglich eine Frage des terminologischen Geschmacks. Die hier vertretene Ansicht legt jedoch die Zuordnung zum Privatrecht nahe, da das staatliche Eingreifen nur subsidiär

22) Nicht zu verwechseln mit der Allgemeinverbindlicherklärung!

23) Dieser Frage kann hier nicht weiter nachgegangen werden; immerhin scheint mir bisher die Bedeutung der Entstehungsform der Tarifnormen überschätzt worden zu sein. Es wird beim Abschluß eines Tarifvertrages ja keineswegs nur Recht inter partes gesetzt - alle diesbezüglichen, vor allem vor dem Erlaß der Tarifvertragsverordnung unternommenen Konstruktionsversuche scheiterten (vgl. Jacobi a.a.O. S.224) - sondern vielmehr ein Normenkomplex geschaffen, der sich bezüglich der derzeitigen und der zukünftigen Mitglieder der Tarifvertragsparteien (§ 3, Abs.1 TVG) materiell durchaus als einseitige Satzung darstellt. Deshalb erscheint auch die von Klein a.a.O. S.112 vorgenommene, auf Peters a.a.O. S.269 zurückgehende Differenzierung nicht recht verständlich. - Vgl. dazu im übrigen auch noch unten § 10, zu und in Anm.12 - 16, sowie, allerdings unter Berücksichtigung seiner besonderen (für das geltende Recht bedeutungslosen) Grundkonzeption, Jacobi a.a.O. S.267.

ist, nur dem Mangel abhilft, daß die Normschöpfer die volle Rechtswirkung aus eigener Kraft nicht mehr erreichen können. Die echte Normenwirkung ist allerdings zweifellos ein öffentlich-rechtliches Element.²⁴⁾

Man hat nun in der Literatur zur Kennzeichnung dieses theoretisch allerdings nicht weiter erklärten Gegensatzes der "Autonomiedelegation" zum echten Delegationsvorgang den Begriff der bloßen Anerkennung, der Sanktion, der tariflichen Normen durch den Staat eingeführt. Gegen diese ursprünglich von ihm selbst vertretene "Sanktionstheorie"²⁵⁾ wendet Huber neuerdings ein, daß eine Sanktion begrifflich nur dann vorliegen könne, wenn private materielle Normen im Einzelfall und nachträglich durch staatlichen Spruch förmliche Rechtssatzqualität erhielten²⁶⁾. Dieser Einwand ist an sich anzuerkennen. Eine staatliche Erklärung des Inhalts, daß gewissen, erst in der Zukunft zu schaffenden Regelungen Rechtssatzqualität zukommen solle, kann in der Tat nur als vorgängige Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen angesehen werden. Aber diese Übertragung, diese Delegation, gewinnt eben dadurch ihre Besonderheit, daß sie sich nur auf die Befugnis bezieht, einer aus eigenem Antrieb zu schaffenden Regelung die noch fehlende Normqualität beizulegen, nicht aber auch auf die bereits vorhandene Befugnis, solche Regelungen überhaupt aufzustellen. Es handelt sich also um eine Teildelegation²⁷⁾, die man mit dem Wort Sanktion dann kennzeichnen kann, wenn man diesen Begriff nicht im technischen, sondern im übertragenen Sinn, etwa als Anerkennung des Regelungsbestrebens der Verbände ansieht.

24) Ihm legt Nikisch a.a.O. § 69, II, 4 zuviel Gewicht bei.

25) In der 1. Auflage seines Wirtschaftsverwaltungsrechts.

26) A.a.O. 2. Aufl., S. 427 ff

27) Zu weit geht daher m.E. Klein, wenn er a.a.O. S.112 eine Delegation überhaupt leugnet.

Zusammenfassend kann demnach festgestellt werden, daß die extreme Delegationstheorie von Bogs entweder eine einheitliche, sowohl die Mitglieder der Tarifvertragsparteien als auch die Außenseiter umfassende und nur bezüglich der letzteren eingeschränkte Delegation oder aber eine zusätzliche Delegation bezüglich der Außenseiter voraussetzt. Die erstere Auffassung hätte auf die These von der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf die Tarifvertragsparteien gestützt werden können, weil dann die tarifliche Normensetzung im ganzen auf den Staat zurück-ginge. Mit der Widerlegung dieser These entfiel diese Möglichkeit, und es ergab sich gerade umgekehrt die Möglichkeit, aus der zwar nicht bezüglich der Bindungsseite, aber doch bezüglich der inhaltlichen Normenschöpfung bestehenden Autonomie der Tarifvertragsparteien eine zwingende Begrenzung solcher Normensetzung auf den Mitgliederkreis der betreffenden Verbände abzuleiten und damit einen gravierenden Unterschied zwischen autonomer und delegierter Rechtssetzung aufzuzeigen, der eine Überbrückung durch eine einheitliche Delegation begrifflich ausschloß. Die damit zur Begründung der extremen Delegationstheorie allein übrig bleibende Annahme einer zusätzlichen und, wie nachgewiesen, wesensverschiedenen Delegation scheiterte aber am Fehlen einer entsprechenden Delegationsnorm. Die extreme Delegationstheorie widerspricht demnach in allen ihren Ausprägungen dem geltenden Recht.

§ 10
====

Verfassungsrechtliche Beschränkungen abgeleiteter

Rechtssetzung

Mit den bisherigen Ausführungen wurde nachzuweisen versucht, daß die extreme Delegationstheorie nicht haltbar ist. Immerhin ist zuzugeben, daß sie eine begrifflich recht folgerichtige Konstruktion und - wie sich noch zeigen wird - die einzige Möglichkeit darstellt, die AVE in Übereinstimmung mit den Erkenntnissen der Verwaltungsrechtswissenschaft als Verwaltungsakt anzusehen.¹⁾ Es ist weiter zuzugeben, daß es sich bei den bisher zu ihrer Widerlegung angeführten Argumenten weithin um nicht mehr voll beweisbare Fragen der rechtlichen Anschauung handelt. Außer Acht gelassen wurde bisher jedoch das Problem der Vereinbarkeit der verschiedenen Ansichten mit dem Verfassungsrecht. Es soll nunmehr untersucht werden.

Das Grundgesetz enthält in Art. 80 Abs. 1 eine Bestimmung, die im Hinblick auf die Erfahrungen der Vergangenheit den Zweck hat, die Verlagerung von Rechtssetzungsbefugnissen von der Legislative auf die Exekutive soweit als möglich einzuschränken. Art. 80 Abs. 1 GG stellt sich damit als Konkretisierung des ebenfalls im Grundgesetz verankerten allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung - Art. 20, Abs. 2 GG - dar. Über den Funktionsbereich dieser Bestimmung herrscht noch sehr wenig Klarheit. Die bisherige Kommentierung beschränkt sich fast ausschließlich auf die Auslegung

1) Vgl. unten § 11

des Art. 80, Abs. 1, S. 2 GG²⁾. Die hier interessierende Frage, ob Art. 80, Abs. 1, S.1 GG das ganze Gebiet der Übertragung rechtssetzender Gewalt abschließend regeln und damit angesichts der unbestritten abschließenden Aufzählung³⁾ der möglichen Träger von Rechtssetzungsbefugnissen in Art. 80, Abs.1, S.1 GG praktisch jede außerstaatliche Rechtssetzung unmöglich machen oder nur eine Spezialregelung bezüglich der Exekutive treffen will, ist dagegen bis jetzt sehr vernachlässigt worden.⁴⁾

Für die erste Auffassung könnte insbesondere sprechen, daß das Grundgesetz keine weitere Regelung dieser doch sehr bedeutungsvollen Frage enthält⁵⁾. Der Wortlaut der Bestimmung selbst⁶⁾ gibt wenig her, weil nicht auf die Übertragung selbst, sondern bereits auf das in Aussicht genommene Produkt der abgeleiteten Rechtssetzung, die Rechtsverordnungen, abgestellt wird. Damit hängt die Entscheidung der gestellten Frage von einer Auslegung des Rechtsverordnungsbegriffs ab. Dessen schon im Zusammenhang mit der Erörterung des Autonomiebegriffs deutlich gewordene eigene Problematik, insbesondere die Frage der Abgrenzung zur autonomen Satzung, macht allerdings eine klare Entscheidung sehr schwer.

Trotz ausführlichster Erörterungen⁷⁾ kann etwa die Stellungnahme von Klein nur aus einigen beinahe bei-
läufigen Bemerkungen abgeleitet werden. So lehnt er beispielsweise die Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen auf Körperschaften und Anstalten des Öffent-

2) Vgl. insbesondere B.Wolff, AöR Bd.78, S.194 ff

3) Vgl. Klein a.a.O. S.89

4) Soweit ersichtlich hat sich bis jetzt allein Hamann mit ihr ausführlicher befaßt.

5) Abgesehen von der hier nicht interessierenden bloßen Übergangsregelung des Art.129, Abs.3 GG

6) "Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen."

7) In "Die Übertragung rechtssetzender Gewalt".

lichen Rechts als mit Art. 80 GG unvereinbar ab⁸⁾, neigt also offensichtlich zu einer weiteren Auslegung des Rechtsverordnungsbegriffs. Eine solche materielle, an dem Erfordernis echter Delegation orientierte Abgrenzung wäre in der Tat nur folgerichtig. Hamann, der dem Problem der Übertragung rechtssetzender Gewalt eine Spezialuntersuchung gewidmet hat⁹⁾, glaubt jedoch, aus der Entstehungsgeschichte des Art. 80 GG einen engeren Rechtsverordnungsbegriff ableiten zu müssen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Begriff der Rechtsverordnung in Art. 80 GG nur im herkömmlichen Sinne verstanden werden könne, die autonomen Satzungen also nicht mit umfasse¹⁰⁾.

Im Ergebnis ergibt sich allerdings kaum ein Unterschied zu der Auffassung, daß Art. 80 GG jegliche Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen abschließend regle. Hamann folgert nämlich aus der ausdrücklichen Statuierung des Gewaltenteilungsgrundsatzes in Art. 20, Abs. 2 S. 3 GG, daß jede Durchbrechung dieses Grundsatzes durch die Verleihung von Rechtssetzungsbefugnissen an Stellen außerhalb der Legislative einer besonderen verfassungsrechtlichen Grundlage bedürfe. Da eine solche für autonome Satzungen nicht vorhanden sei, könne es neben dem Bereich der Art. 28, Abs. 2 und 80, Abs. 1 GG keine außerstaatliche Rechtssetzung geben.¹¹⁾

Sowohl die weite Auslegung des Rechtsverordnungsbegriffs des Art. 80 GG als auch die m.E. unanfechtbare Grundthese Hamanns, daß sich jegliche (echte) delegierte Rechtssetzung schon aus der Verfassung ableiten

8) A.a.O. S. 36, vgl. aber auch S. 111

9) "Autonome Satzungen und Verfassungsrecht"

10) A.a.O. S. 63/64

11) A.a.O. S. 65 ff, S. 68 f.

lassen müsse, führen scheinbar zu dem unerfreulichen Ergebnis, daß die gegenwärtige Verfassungswirklichkeit jegliche außerstaatliche Rechtssetzung ausschließt. Interessanterweise weichen jedoch sowohl Hamann¹²⁾, als auch Klein¹³⁾ diesem Ergebnis bezüglich der Tarifverträge aus und zwar hauptsächlich mit dem Hinweis darauf, daß hier keine einseitig-hoheitliche, sondern eine Rechtssetzung kraft Willensübereinstimmung vorliege¹⁴⁾.

Diese Begründung trägt jedoch nicht. Wie bereits ausgeführt¹⁵⁾, ist die Rechtssetzung durch Vertrag lediglich das zufällige Ergebnis der Tatsache, daß gerade zwei sich gegenüberüberstehende Verbände an der Regelung des gleichen Sachgebiets Interesse haben. Der Vertragscharakter ist nur für den inhaltlichen Normschöpfungsprozeß bezeichnend. Die Bindung der Betroffenen - und allein auf diese kommt es in diesem Zusammenhang an - beruht dagegen auch hier auf der Indienststellung der staatlichen Hoheitsgewalt und ist damit genauso einseitig-selbstherrlicher Natur wie etwa die Bindung an die in einer Rechtsverordnung enthaltenen Normen¹⁶⁾.

Dennoch ist im Ergebnis der Auffassung zuzustimmen, daß die Rechtssetzung der Tarifvertragsparteien von einer verfassungsrechtlichen Einschränkung der Rechts-

12) A.a.O. S.33/34

13) A.a.O. S.111 f

14) Ähnlich Huber a.a.O. S.428, der auch auf die (öffentlich-rechtliche) Vertragsnatur abhebt.

15) Vgl. oben § 9 zu und in Anm. 22 - 24

16) Das verkennen m.E. Hamann und Klein und leugnen deswegen zu Unrecht, daß die tarifliche Normensetzung einen Fall der autonomen Rechtssetzung darstellt. Vgl. dazu im übrigen oben § 9 zu und in Anm. 23.

setzung außerhalb der staatlichen Legislative nicht berührt wird. Man könnte versucht sein, dies bereits mit Art. 9, Abs. 3 GG zu begründen, da die in dieser Bestimmung enthaltene Garantie auch - wie bereits ausgeführt 17) - das Institut des Tarifvertrages mit umfaßt und damit als Ermächtigungsgrundlage ähnlich Art. 28, Abs. 2 GG für die Gemeinden herangezogen werden könnte. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, ergäbe die Annahme einer solchen sich nicht aus dem Wortlaut ergebenden, sondern lediglich sinn- und zweckentsprechend gefolgerten Delegation jedoch Bedenken.¹⁸⁾

Die Möglichkeit einer dogmatisch einwandfreien Begründung ergibt sich jedoch auch hier aus der herausgearbeiteten Unterscheidung zwischen echter und besonderer (Autonomie-) Delegation. Auch der Grundsatz der Gewaltenteilung dient letztlich nur dem Schutz des Bürgers. Eine Entrichtung seiner Rechtsstellung durch von ihm selbst erstellte, zumindest unerwartete Normen soll möglichst nur durch die von ihm selbst gewählte und somit auch seinen Willen repräsentierende Legislative erfolgen. Ein solcher Schutz ist jedoch entbehrlich, wenn der Betroffene inhaltlich mit der auf ihn zukommenden Regelung völlig einverstanden ist, bzw. sie durch von ihm selbst bestimmte Organe einer auf freiwilliger Basis handelnden Zweckgemeinschaft aufgestellt worden sind und nur ihre Wirkungsweise auf den Staat zurückgeht. Hier werden die Betroffenen nicht mit einer unerwarteten und, da außerhalb der Legislative erfolgt, kaum beeinflußbaren Regelung überfallen, sondern sie können sich nur einer Regelung nicht mehr entziehen, die letzten Endes von ihnen selbst ausgeht, der sie sich

17) Vgl. oben § 6 zu und in Anm. 11

18) Den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1, S. 2 GG würde sie jedenfalls nicht entsprechen.

durch ihren Verbandsbeitritt freiwillig unterworfen haben¹⁹⁾. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen also nur dort, wo durch staatliche Delegation eine nicht (auch) durch den Willen der Betroffenen legitimierte Stelle außerhalb der Legislative Rechtssetzungsbefugnisse erhalten soll. Sie entfallen aber, wenn eine solche Legitimation vorliegt, es sich also um autonome Rechtssetzung in dem herausgearbeiteten Sinn handelt.

Als Ergebnis kann daher festgestellt werden, daß eine nicht auf eine spezielle verfassungsrechtliche Norm gestützte Delegation jenseits der Schranken des Art.80 GG nur dann zulässig ist, wenn sie sich lediglich auf die formelle Normqualität der abgeleiteten Rechtssetzung bezieht, die inhaltliche Legitimation dagegen auf den Willen der Betroffenen zurückgeführt werden kann, wenn also entweder - wie bei der normalen, sich nur auf Mitglieder beziehenden tarifvertraglichen Normensetzung - eine in der Beitrittserklärung liegende, vorgängige, generelle Billigung gegeben ist oder gar - wie etwa bei der Betriebsvereinbarung - die inhaltliche Normenschöpfung²⁰⁾ von einer Art Legislative vorgenommen wird, die als Repräsentativorgan aller Betroffenen angesehen werden kann.²¹⁾ Diese für eine nicht

19) Auch hier sei zur Klarstellung noch einmal darauf hingewiesen, daß diese freiwillige "Unterwerfung" nicht den Wirkungsgrad der Norm, ihre Selbstherrlichkeit betrifft, sondern nur als Tatbestandsmerkmal einer staatlichen Norm (§ 3, Abs. 1 TVG) die Voraussetzung des Eintretens der Normenwirkung darstellt.

20) Vgl. dazu oben im Text zur Anm. 4 des § 9

21) Vgl. hierzu Maunz-Dürig, Komm. z. GG, Art. 80, RdNr. 31, III, 1, b. Auch dort wird der Erlaß von autonomen Satzungen von den Beschränkungen des Art. 80 nur deshalb ausgenommen, weil angesichts ihres "demokratischen Zustandekommens" keine Durchbrechung der Gewaltentrennung, sondern nur eine Verlagerung von Rechtssetzungsbefugnissen innerhalb der Legislative stattfindet. Diese Ansicht ist nur dahingehend zu ergänzen, daß, unabhängig von formalen Merkmalen, in jedem Einzelfall zu untersuchen ist, ob eine Norm ihrem Inhalt nach wirklich letztlich auf den Willen der Betroffenen zurückgeführt werden kann oder ob eine auch inhaltlich einseitige und dann durch Art. 80 betroffene Rechtssetzung vorliegt.

den Schranken des Art. 80 GG unterworfenen autonome Rechtsetzung als notwendig erachtete "demokratische Komponente" der zumindest mittelbaren inhaltlichen Billigung der Betroffenen fehlt aber, soweit die Tarifvertragsparteien über den Kreis ihrer Mitglieder hinausgreifen; eine autonome Rechtsetzung in dem hier herausgearbeiteten Sinn scheidet demnach aus, und eine auch die Rechtsschöpfungsmacht umfassende echte Delegation scheitert an Art. 80 GG. Auch dem Gesetzgeber sind daher insoweit m.E. unabdingbare Schranken gesetzt, die ihre Rechtfertigung letztlich in der Schutzwirkung des Gewaltenteilungsgrundsatzes finden.

Die von Bogs und Herschel vertretene Auffassung, daß die AVE nur Wirksamkeitsvoraussetzung einer auch die Außenseiter umfassenden, bereits im TVG enthaltenen Delegation sei ²²⁾, scheitert demnach letztlich an der Unzulässigkeit einer solchen Delegation. ²³⁾ Die Erfassung der Außenseiter kann vielmehr nur durch einen besonderen, staatlichen, an die Außenseiter selbst gerichteten Akt erreicht werden, dessen Rechtsnatur nun noch abschließend zu untersuchen ist.

22) Vgl. oben § 5 zu und in Anm. 17

23) Die Folgerungen für die Gültigkeit des § 3, Abs. 2 TVG liegen auf der Hand. Nach der hier vertretenen Ansicht hat der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung seine Kompetenzen überschritten, als er - wohl aus politischen Gründen - zur Regelung der Fragen des § 3, Abs. 2 TVG nicht das sachlich naheliegendste Institut, die Betriebsvereinbarung, wählte, sondern auf den Tarifvertrag zurückgriff, obwohl die betroffenen Außenseiter die Ablehnung der ermächtigten Verbände schon dadurch zum Ausdruck gebracht hatten, daß sie ihnen nicht beitraten.

D r i t t e r A b s c h n i t t

Die AVE als Unterwerfungsbefehl gegenüber den

Außenseitem

§ 11

====

Die rechtliche Qualifizierung dieses Unterwerfungsbefehls

Den Ausgangspunkt der bisherigen Erörterungen bildete die Feststellung, daß die Normunterworfenheit eines verbandsunabhängigen Außenseitem im modernen Rechtsstaat nur auf die staatliche Hoheitsgewalt zurückgeführt werden kann.¹⁾ Angesichts der Übertragbarkeit dieser Hoheitsgewalt oder genauer der aus ihr sprießenden, einseitig-selbstherrlichen Rechtssetzungsbefugnis ergab sich aber die Möglichkeit, die Bindung der Außenseitem an die tariflichen Normen mit einer Delegation staatlicher Rechtssetzungsmacht an die Tarifvertragsparteien zu begründen und die AVE lediglich als nachträglich hinzukommende Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Delegation anzusehen. Diese Delegationstheorie wurde vor allem mit dem Hinweis auf die wesensmäßigen Unterschiede zwischen richtig verstandener autonomer Rechtssetzung für Verbandsmitglieder und der delegierten Rechtssetzung für verbandsfremde Außenseitem abgelehnt.²⁾

Es bleibt demnach nur noch die Möglichkeit, die AVE als einen direkt an die Außenseitem gerichteten und - soweit die Voraussetzungen der räumlichen und fachlichen Betroffenheit bereits gegeben sind - unmittelbar in deren Rechtsstellung eingreifenden staatlichen Hoheitsakt

1) Vgl. oben § 3, vor Anm. 13

2) Vgl. die Ausführungen im zweiten Abschnitt und hier insbesondere die Zusammenfassung in § 9 a.E.

anzusehen.³⁾ Dieser staatliche Akt bildet dann den Außenseitern gegenüber die Grundlage für die Geltung der tariflichen Normen. Die AVE stellt damit einen Unterwerfungsbefehl dar, durch den der Staat aus Zweckmäßigkeitsgründen, nachtraglich und im Einzelfall, a.h. für jeden einzelnen Tarifvertrag, den Wirkungsbereich der inhaltlich von ihm nicht beeinflussen und auch nicht beeinflussbaren autonomen Normen ausdehnt und diesen damit zu einer Geltung verhilft, die aus eigener Kraft zu erreichen, sie nicht fähig sind.⁴⁾

Dies ist in etwa auch der Standpunkt der herrschenden Lehre⁵⁾. Ein folgenreicher Unterschied ergibt sich jedoch daraus, daß weniger auf das rechtliche Betroffensein der Außenseiter abgestellt wird, als auf die Tatsache, daß durch die beschriebene Normenerstreckung im Ergebnis der Geltungsbereich des Tarifvertrages erweitert

3) Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht. Wenn Huber a.a.O. S.450 ausführt, der Gegenstand der AVE sei der Tarifvertrag, da er in seinem bisherigen Bestand betroffen, und persönliche Adressaten der AVE seien die Tarifvertragsparteien, weil der zwischen ihnen bestehende Tarifvertrag geändert werde, so ist dies offensichtlich unrichtig und auch nicht schlüssig, weil offenbleibt, wodurch die Außenseiter gebunden sein sollen. Huber übersieht, daß die Bindung an eine Norm einen an die Betroffenen gerichteten Geltungsbefehl voraussetzt. Wird dieser nicht oder doch nicht in vollem Umfang bereits - wie es der Regel entspräche - zum Abschluß der Normenschöpfung erteilt, so muß, wenn später eine Geltungserstreckung erreicht werden soll, in einem besonderen, von der materiellen Norm getrennten Akt ein weiterer, insoweit die Geltungsgrundlage darstellender Geltungsbefehl erteilt wird. Vgl. dazu im übrigen auch noch unten im Text zu Anm. 30 - 33.

4) Insoweit zustimmend v.Köhler DVBl 1956, S.860, sowie OVG Berlin in AP Nr.3 zu § 5 TVG

5) Nipperdey Lehrbuch, Bd.2 § 34, Anm.10; Hueck Komm., 3. Auflage, Anm.42 zu § 5 TVG; Nikisch a.a.O. S.492; Maus Komm., Anm.97 zu § 5 TVG, Sitzler ArbRBl, Tarifvertrag X, C 5 u.a.

wird.⁶⁾ Dies ist jedoch nur eine sekundäre Folge der AVE, die vielleicht zur Beschreibung, niemals aber zur Erklärung des komplexen Vorganges der Erfassung der Außenseiter dienen kann.⁷⁾ Durch die AVE werden weder die Tarifvertragsparteien noch der Tarifvertrag selbst irgendwie rechtlich berührt. Allein in die Rechtsstellung der Außenseiter wird eingegriffen, und sie sind deshalb die Adressaten der AVE. Adressaten sind aber nicht nur - und darauf kommt es entscheidend an - diejenigen Außenseiter, die im Zeitpunkt des Erlasses der AVE durch die Merkmale des räumlichen und fachlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages erfaßt werden, sondern auch alle diejenigen, die in Zukunft während der Geltung des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages in dessen sachlichem Geltungsbereich tätig werden.⁸⁾ Auch an sie richtet sich die AVE, deren Inhalt sich allerdings in dem gekennzeichneten Geltungsbefehl erschöpft und nicht etwa - das ist durch § 5, Abs.4 TVG klargestellt - auch die Normen des Tarifvertrages umfaßt.

Für die rechtliche Einordnung dieses Unterwerfungsbefehls kommen, da es sich um einen Akt der Exekutive und nicht der Legislative handelt, die Rechtsverordnung und der Verwaltungsakt, bzw. da es sich auf jeden Fall um die Betroffenheit einer Personenmehrheit handelt, dessen Unterform, die sogenannte Allgemeinverfügung, in

6) Diese Formel kehrt immer wieder, vgl. die in Anm. 5 Genannten.

7) Vgl. dazu oben § 2, zu und in Anm. 17.

8) Diese früher kaum einmal erwähnte Tatsache wird heute allgemein zugegeben.

Frage.⁹⁾ Die Abgrenzung dieser früher mehr der verwaltungsrechtlichen Theorie angehörenden Begriffe stellte nach der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel und angesichts der Verschiedenheiten des Anfechtungs- und des Normenkontrollverfahrens¹⁰⁾ ein sehr bedeutsames Problem dar, dessen Lösung einige Schwierigkeiten bereitete und bereitet. Sie wurde dadurch erschwert, daß der Gesetzgeber gleich zu Anfang mit dem Begriff der "Regelung eines Einzelfalles"¹¹⁾ ein Kriterium eingeführt hatte, dessen Verwendung zwar im Regelfall zu durchaus sachgerechten Ergebnissen führte, zur Klärung von Zweifelsfragen dagegen infolge des Verzichts auf eindeutige formale Merkmale kaum dienlich war.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen Verwaltungsakt und Rechtsverordnung wird herkömmlicherweise gekennzeichnet durch die Gegensatzpaare konkret - individuell und abstrakt - generell.¹²⁾ Ein Verwaltungsakt soll demnach vorliegen, wenn an einem ganz bestimmten, einmaligen (konkreten) Sachverhalt ein ganz bestimmter Einzelner - der Adressat - beteiligt ist. Eine Rechtsverordnung, ein normativer Gehalt des betreffenden Hoheitsaktes wird dagegen dann angenommen, wenn ein wiederkehrender und daher nach allgemeinen Merkmalen (abstrakt) bezeichneter

9) Von vornherein auszuschließen hat die Annahme eines sog. gerichtsfreien Hoheitsaktes - so aber Schnorr v. Carolsfeld, Lehrbuch S.71. Ganz abgesehen davon, daß dieser Begriff schon selbst sehr umstritten ist - vgl. Obermayer, Verwaltungsakt S.89 ff, S.99 - sind nämlich doch zumindest im Falle der AVE seine Merkmale nicht gegeben (insoweit zustimmend selbst das OVG Berlin a.a.O.). Außerdem spielt gerade die Möglichkeit einer raschen Gültigkeitskontrolle im Streit um die Rechtsnatur eine große, wenn auch nicht ganz berechnete Rolle (vgl. die Ausführungen von Bettermann RdA 1959, S.245 ff und Herschel RdA 1959, S.261 ff).

10) Dazu ausführlich Bettermann a.a.O. unter A

11) § 25 MRVO Nr. 165

12) Vgl. Bettermann a.a.O. unter B

Sachverhalt einen nicht überschaubaren und daher ebenfalls nur durch Bezugnahme auf besondere Merkmale (generell) bestimmbaren Personenkreis betrifft.

Diese zumindest theoretisch klare Abgrenzung wird jedoch durch die Existenz gewisser Zwischenformen in Frage gestellt. Es handelt sich hier vor allem um jene konkret - generellen Akte, die die Verwaltungsrechtswissenschaft viel beschäftigt haben und zu denen auch die Allgemeinverfügung gerechnet wird.¹³⁾ Hier ist an dem zu regelnden, einmaligen, konkreten Sachverhalt eine nicht individuell sondern nach allgemeinen Merkmalen bestimmte Personenmehrheit beteiligt. Obwohl diese generelle Kennzeichnung an sich mehr für das Vorliegen eines Rechtsatzes spricht, werden diese Allgemeinverfügungen gerade wegen der Einmaligkeit des geregelten Sachverhalts zu den Verwaltungsakten gerechnet. Es ergibt sich dann aber das Problem, inwieweit auf eine Individualisierbarkeit der betreffenden Personenmehrheit verzichtet werden kann, wenn nur der Sachverhalt konkret genug ist. In Anlehnung an den schon erwähnten Begriff der "Regelung eines Einzelfalles" war nun die Verwaltungsrechtswissenschaft lange geneigt, bei einem einigermaßen scharf umrissenen Sachverhalt auf eine Bestimmbarkeit der betreffenden Personenmehrheit ganz zu verzichten und selbst dann einen Verwaltungsakt anzunehmen, wenn die Betroffenen im Zeitpunkt des Erlasses nicht abschließend bestimmt werden konnten.¹⁴⁾

Auf das so verstandene, sehr weitreichende Institut der Allgemeinverfügung griff denn auch die herrschende Lehre des arbeitsrechtlichen Schrifttums zurück, um das auf die Vertragstheorie zurückgehende Dogma, die AVE sei ein Verwaltungsakt, zu retten. Wenn auch, so wurde

13) Vgl. Obermayer a.a.O. S.74 f

14) Vgl. etwa H.J. Wolff a.a.O. § 46, V; v.Köhler DVBl 1956, S.712 ff; OVG Berlin a.a.O.

argumentiert, der Kreis und die Zahl der betroffenen Außenseiter im Zeitpunkt des Erlasses der AVE nicht abschließend bestimmbar ist, so liegt doch ein ganz konkretes Sach- und Rechtsverhältnis vor, die Tarifgebundenheit der Außenseiter wird geregelt und damit der (persönliche) Geltungsbereich des Tarifvertrages erweitert.¹⁵⁾

Gerade bei der AVE zeigt es sich jedoch, daß diese Bezugnahme auf die angebliche "Konkretheit des geregelten Sachverhalts"¹⁶⁾ zur Bestimmung der Rechtsnatur einer hoheitlichen Anordnung unbrauchbar ist. Unbrauchbar deshalb, weil die Bedeutung und der Bereich des zu regelnden Sachverhalts bei Vernachlässigung der Frage, wer rechtlich betroffen ist, durch logische Operationen immer soweit reduziert werden kann, daß er als Besonderheit, als Einzelfall erscheint. Dieser Rückgriff auf die abstrahierend gewonnene Kurzbezeichnung des geregelten Sachverhalts zur Begründung seiner konkreten Singularität ist in sich widersprüchlich und außerdem schon deswegen unzulässig, weil nicht mehr auf das allein schon im Hinblick auf den Rechtsschutz entscheidende Kriterium der rechtlichen Betroffenheit, sondern auf deren Folge, den damit erreichten Zustand abgestellt wird. So ist bei der AVE die Erweiterung des (persönlichen) Geltungsbereichs des Tarifvertrages nur die Folge davon, daß die AVE für jedes im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages durch oder mit Außenseitern begründete Arbeitsverhältnis die Geltung

15) Vgl. etwa Nipperdey a.a.O. § 34, Anm.10; Auffarth BABl 1957, S.756; Hessel BB 1956, S.790 f; Gumpert BB 1954, S. 261

16) H.J. Wolff a.a.O. § 46, V, OVG Berlin a.a.O.

der Tarifnormen bestimmt.¹⁷⁾ Schon nach ihrem Inhalt betrifft die AVE demnach nicht einen konkreten Sachverhalt, sondern enthält vielmehr eine abstrakte Regelung.¹⁸⁾

Drängt sich schon von dieser Seite der Normcharakter der AVE auf, so wird er zweifelsfrei bestätigt durch den erneuten Rückgriff auf den Kreis der Adressaten, bzw. die insoweit gegebene generelle Kennzeichnung. Hier setzt sich neuerdings schon im Hinblick auf die Eigenart des auf rasche Klärung bedachten verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsverfahrens in der Verwaltungsrechtswissenschaft die Erkenntnis durch, daß für die Unterscheidung zwischen Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung die Bestimmbarkeit der Betroffenen das entscheidende Kriterium darstellt.¹⁹⁾ Demgemäß liegt trotz einer Mehrzahl von betroffenen Personen noch ein Verwaltungsakt vor, wenn ihr Kreis im Moment des Ergehens der staatlichen Anordnung noch abschließend bestimmt werden kann. Die generelle Kennzeichnung des betroffenen Personenkreises erweist sich insoweit nicht als Notwendigkeit, sondern als

17) Das OVG Berlin glaubt a.a.O. aus dieser von ihm sogar erkannten Konkretisierung der AVE auf jedes einzelne der bereits begründeten, bzw. noch zu begründenden Arbeitsverhältnisse zwischen, bzw. mit Außenseitern den "Einzelfall" und damit die Eigenschaft der AVE, ein Verwaltungsakt zu sein, ableiten zu können. Eine größere Verknennung des Normbegriffs ist wohl kaum denkbar! Schließlich ist es der Zweck jeder allgemeinen Regelung im Ergebnis einmal Einzelfälle zu gestalten. Vgl. dazu im übrigen auch noch unten Anm.22.

18) So ausdrücklich Bettermann a.a.O. unter B I, II, 3

19) So jetzt auch Forsthoff Lehrbuch Bd. 1, 7.Aufl., dessen Meinung eindeutig allerdings erst aus der Anm.3 auf S.200 hervorgeht, während seine Stellungnahme im Text auf S.184 noch sehr vorsichtig ist. Dies erklärt auch, daß er immer wieder für die Gegenmeinung in Anspruch genommen wurde, so etwa bei Nipperdey a.a.O. § 34, Anm.10 und bei Nikisch a.a.O. § 87, Anm.16; vgl. im übrigen dazu auch Jacobi, Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd.2, § 77, S.237/238.

eine die mühsame, aber mögliche Einzeladressierung ersparende Vereinfachung. Es handelt sich lediglich um ein Bündel von Verwaltungsakten, das in einem einheitlichen Akt unter Verzicht auf Einzelverlautbarung zusammengefaßt wurde. Die Konkretisierung, das rechtliche Wirksamwerden, erfolgt abschließend im Moment der Anordnung.

Völlig anders liegen die Dinge aber dann, wenn der Kreis der betroffenen Personen im Moment des Erlasses der hoheitlichen Anordnung nicht abschließend bestimmt werden kann, die generelle Kennzeichnung also zwingend notwendig, eine Konkretisierung der Anordnung auch in der Zukunft möglich und beabsichtigt ist. Dann kann begrifflich nur eine Norm vorliegen, denn ihr Charakteristikum ist gerade die Möglichkeit des nachträglichen Hineinwachsens weiterer, beim Erlass noch unbeteiligter Personen.²⁰⁾

Überträgt man diese, spätestens mit dem schon erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts²¹⁾ zur Herrschaft gelangte Auffassung auf die AVE, so erweist es sich, daß diese auch im Hinblick auf das Merkmal generell nur ein Rechtssatz, niemals dagegen, auch nicht in der Unterform der Allgemeinverfügung, ein Verwaltungsakt sein kann. Denn es ist völlig unbestreitbar, daß der betroffene Personenkreis im Augenblick des Erlasses der AVE nicht abschließend bestimmbar ist.²²⁾ Es ist nicht auszuschließen

20) So bahnbrechend Obermayer a.a.O. S.78.

21) Urteil v.6.6.1958 - AP Nr.6 zu § 5 TVG

22) Dagegen kann auch nicht eingewandt werden - so aber Tophoven in seiner Anmerkung zu AP Nr.6 zu § 5 TVG und wohl auch das OVG Berlin a.a.O. - daß nach Gattungsmerkmalen eindeutig feststehe, wer betroffen sein könne. Das ist immer der Fall! Wäre dem nicht so, könnte der Adressat überhaupt nicht bestimmt werden, der betreffende Hoheitsakt müßte mangels eines bestimmbaren Adressaten wirkungslos bleiben.

und sogar die Regel, daß auch später noch verbandsunabhängige Arbeitnehmer und Arbeitgeber im fachlichen und räumlichen Geltungsbereich tätig werden. Erst dann werden sie von der AVE erfaßt, erst dann konkretisiert sich das auf den Tarifvertrag verweisende allgemeine Geltungsgebot der AVE zur unmittelbaren bestimmenden Einwirkung auf das Einzelarbeitsverhältnis.²³⁾ Die AVE stellt demnach eine abstrakte und generelle Regelung dar, mit der bestimmt wird, daß die Normen des Tarifvertrages auch für solche Arbeitsverhältnisse Geltung haben, an denen Außenseiter beteiligt sind.²⁴⁾ Sie ist damit ein echter, eigener Rechtssatz.²⁵⁾

Gegen diese Qualifizierung der AVE als Rechtssatz kann auch nicht eingewandt werden,²⁶⁾ durch § 5, Abs.4 TVG sei doch gerade klargelegt, daß die AVE selbst keine

23) Die immer wiederkehrende Formel - Klein a.a.O. S.114, OVG Berlin a.a.O. - es werde einmalig die Tarifbeteiligung begründet, ist deshalb einfach unrichtig. Die Tarifgebundenheit der Außenseiter wird zwar einmalig geregelt, aber eben durch die Aufstellung einer wesensgemäß und notwendig in die Zukunft wirkenden, dauerhaften Norm, kraft derer die Tarifgebundenheit dann erst bei jeder einzelnen Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen, bzw. mit Außenseitern eintritt.

24) A.A. zu Unrecht Klein a.a.O. S.114. Vgl. auch dazu oben Anm.3.

25) So für das frühere Recht schon Jacobi a.a.O. S.100 und Neumann NZfA 1930, S.684. Für das geltende Recht, wenn auch teilweise nur im Ergebnis übereinstimmend Berger BB 1956, S.533, Hildegard Krüger RdA 1957, S.46, Nawiasky Allg. Rechtslehre S.81, BVerwG a.a.O. - Die von Auffarth BABl 1957, S.756 seltsamerweise vermißte Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung dieses Rechtssatzes durch den Bundesminister für Arbeit stellt selbstverständlich § 5 TVG dar, dessen Bestimmtheit (Art. 80 GG!) nichts zu wünschen übrig läßt. Vgl. gegen Auffarth im übrigen auch Bettermann a.a.O. unter A, VII, 1 und 3.

26) So aber Nipperdey a.a.O. § 34, II, Klein a.a.O. S.114 und viele andere.

Rechtsnormen enthalte, sondern nur auf solche verweise. Hierbei wird überssehen, daß auch dem bloßen Unterwerfungsbefehl als besonderem Geltungsgrund der Tarifnormen gegenüber den Außenseitern eigene Normqualität zukommen kann.²⁷⁾ Die Geltungsgrundlage und der Sitz der materiellen Norm fallen hier auseinander. Die materielle Regelung ist zweifellos auch bezüglich der Außenseiter den autonomen Normen des Tarifvertrages zu entnehmen. Das ist aber nicht ausschlaggebend, denn gelten kann die tarifliche Regelung den Außenseitern gegenüber nur deshalb, weil die staatliche Norm der AVE dies bestimmt,²⁸⁾ und weil sie es auch für die Zukunft, für jedes neue, zwischen bzw. mit Außenseitern abgeschlossene Arbeitsverhältnis bestimmt. Diese für die Bindungswirkung allein entscheidende besondere Geltungsgrundlage für sich allein rechtlich zu würdigen, ist bisher meist unterlassen worden. Nimmt man eine solche Würdigung aber vor,²⁹⁾ so kann die AVE nur als Rechtsverordnung qualifiziert werden.

Berger³⁰⁾ und im Anschluß an ihn auch Bettermann³¹⁾ wollen allerdings den Normcharakter der AVE schon daraus ableiten, daß überhaupt der Geltungsbereich von Rechtsätzen ausgedehnt werde. Dies genügt jedoch nicht, wie allein schon die Beispiele von Amtsberg zeigen, der aus ihnen den ebenso unrichtigen gegensätzlichen Schluß

27) Diese Besonderheit der AVE hat Dersch in Festschrift für Nipperdey S.225 veranlaßt, von einem "qualifizierten" Verwaltungsakt zu sprechen. Zu dieser neuartigen Begriffsbildung besteht aber kein Anlaß. Vgl. dazu meine Ausführungen in RdA 1957, S.260 ff unter I, 4.

28) Dies gegen das OVG Berlin a.a.O.

29) Dies hat soweit ersichtlich bisher allein Nawiasky a.a.O. S.81 getan.

30) Betriebsberater 1956, S.534

31) A.a.O. unter B, II, 5.

zieht, eine Normenerstreckung könne grundsätzlich nur durch Verwaltungsakt erfolgen.³²⁾ Die Rechtsnatur eines den Geltungsbereich bereits existenter Normen ausdehnen- den staatlichen Aktes hängt vielmehr jeweils allein davon ab, ob es sich um eine in der Auswirkung einmalige Erstreckung für einen abschließend bestimmbaren Personen- kreis handelt oder ob - wie bei der AVE - auch zukünftige Fälle erfaßt werden können und sollen. Nur im letzteren Fall ist die Erstreckung selbst Norm.³³⁾

Einer der stärksten Vorbehalte gegen die Normqualität der AVE wird im übrigen vor allem von Nikisch daraus ab- geleitet, daß der Gesetzgeber in Kenntnis des Streits um den Inhalt der AVE während der Weimarer Zeit doch gerade darauf verzichtet habe, die Tarifhoheit der Ver- bände durch ein danebenstehendes staatliches Verordnungs- recht zu beschränken.³⁴⁾ Der autonome Charakter der ta- riflichen Normen hätte also doch offenbar auch gegenüber den Außenseitern erhalten bleiben sollen. Auch diese Be- denken entfallen m.E., wenn man sich der ausführlich herausgearbeiteten Unterscheidung von inhaltlichem Rege- lungsauftrag und formeller Verbindlicherklärung auch insoweit anschließt.³⁵⁾ Das in der AVE liegende Verord- nungsrecht des Staates ist dann gerade dadurch gekenn- zeichnet, daß es von Anfang an keine eigene Regelungs- befugnis im Sinne inhaltlicher Normenschöpfung enthält, sondern lediglich die Verbindlichkeit der tariflichen Normen auch für Außenseiter begründen kann. Deren auto- nomer Charakter wird davon zweifellos nicht berührt, denn er wurzelt gerade in der Freiheit des inhaltlichen Entstehungsprozesses, der vom Staat auch durch die AVE

32) NZfA 1931, S.234

33) Übereinstimmend Hildegard Krüger RdA 1957, S.46 ff

34) A.a.O. § 87, II 3,

35) Vgl. oben § 9

nicht mehr beeinflusst werden kann. Die Tatsache, daß allerdings bezüglich der Bindungswirkung gegenüber den Außenseitern ein staatliches Verordnungsrecht neben der Tarifhoheit steht, ist im übrigen allein die Folge davon, daß - wie auch Nikisch anerkennt³⁶⁾ - die Rechtsetzungsmacht der Verbände die Außenseiter nicht erfaßt. Die Auffassung der AVE als Rechtsverordnung wird also sehr wohl und gerade dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht, zumal durch § 5, Abs.4 TVG dieses formelle Verordnungsrecht ohnehin auf die Dauer der Geltung des Tarifvertrages beschränkt ist.

Gerade aus der Existenz des § 5 Abs.4 TVG wird allerdings ein weiteres, oft vorgebrachtes, wenn auch alles andere als zwingendes und im übrigen paradoxerweise sogar auf einen Vertreter der Gesetzestheorie³⁷⁾ zurückgehendes Argument gegen den Normcharakter der AVE abgeleitet. Es wird nämlich behauptet, eine solche Koppelung mit der Geltungsdauer eines privatrechtlichen Vertrages, sowie die Tatsache, daß die AVE nur auf Antrag und in Übereinstimmung mit den Verbänden erlassen werden kann, sei mit dem Wesen und der Selbstherrlichkeit staatlichen Rechts unvereinbar.³⁸⁾ Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß gerade die Selbstherrlichkeit auch die Fähigkeit zur Selbstbeschränkung in sich birgt. Im übrigen ist es unbestreitbar, daß staatliche Normen grundsätzlich auflösend

36) A.a.O. § 87, I, 1; seltsam ist allerdings, daß Nikisch seine Auffassung, die AVE sei ein Verwaltungsakt, nicht selbständig begründet und es insbesondere vermeidet, die Außenseiter als Adressaten anzusprechen. Nikisch beschränkt sich vielmehr darauf, die herkömmlichen Bedenken gegen den Rechtssatzcharakter der AVE vorzutragen.

37) Jacobi a.a.O. S.105

38) Nikisch a.a.O. § 87 zu Anm.24, Nipperdey a.a.O. S.477, Anm.26, OVG Berlin a.a.O., Bonner Institutsgutachten AöR Bd.76, S.180 f.

bedingt oder befristet sein können und bei der AVE erfordert die Praktikabilität eine solche Koppelung geradezu zwingend; das haben die Auseinandersetzungen während der Weimarer Zeit erwiesen. Der angebliche Gegensatz zwischen Privatvertrag und selbstherrlicher staatlicher Norm ist aber bezüglich des formellen Charakter, auf den es hier allein ankommt, durch § 1 TVG gerade aufgehoben.

Ernster zu nehmen ist dagegen der Einwand, bezüglich der Publizität, einem maßgebenden rechtsstaatlichen Erfordernis, entspreche die AVE nicht den an einen Rechtssatz zu stellenden Anforderungen. Zöllner hat diesem Problem eine Spezialuntersuchung gewidmet.⁴⁰⁾ Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß der allgemeine Grundsatz der Publikationsbedürftigkeit von Rechtsnormen nur dann Ausnahmen zulasse, wenn die Rechtssicherheit eine besondere Publikation nicht erfordere.⁴¹⁾ Bei der AVE liege jedoch eine solche Ausnahme nicht vor, eine Publikation sei demnach erforderlich und zwar sowohl bezüglich der AVE selbst, als auch bezüglich der für allgemeinverbindlich erklärten Normen des Tarifvertrages.⁴²⁾ Das ist anzuerkennen, und man wird diesem Erfordernis bezüglich der Normen des Tarifvertrages⁴³⁾ nur dann gerecht werden können, wenn man bei dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag die Auslegung der Tarifverträge im Betrieb als konstitutives Erfordernis der Normgeltung ansieht.⁴⁴⁾ Im übrigen ist

39) OVG Berlin a.a.O.

40) DVBl 1958, S.124 ff

41) A.a.O. S.126, r.Sp. oben

42) A.a.O. unter IV, 2, c, ebenso Herschel RdA 1959, S.361 ff unter II, e, 9

43) Bezüglich der AVE selbst ist in § 5 Abs.7 TVG eine ausreichende Regelung getroffen worden.

44) So Zöllner a.a.O. Anm.33; a.A. BVerwG a.a.O., das die Publikation der AVE genügen lassen will.

aber zu bemerken, daß diese streng rechtsstaatlichen Anforderungen erst neueren Datums sind und daß aus ihrem Vorhandensein oder Fehlen schlechterdings keine Folgerungen bezüglich der rechtlichen Qualifizierung des betreffenden Aktes gezogen werden können. Die Sachlage ist insoweit die gleiche, wie bei der Argumentation aus der Praktikabilität des Ergebnisses heraus.⁴⁵⁾

Zusammenfassend und abschließend kann also festgestellt werden, daß die AVE nur als direkt an die Außenseiter gerichteter staatlicher Hoheitsakt angesehen werden kann, der die tariflichen Normen auch für diese verbindlich macht. Da sich die Rechtswirksamkeit dieses Geltungsgebots nicht im Augenblick seines Erlasses erschöpft, sondern vielmehr bis zur Aufhebung des Tarifvertrages fort dauert, in dieser Zeit also jedes zwischen oder mit Außenseitern begründete Arbeitsverhältnis im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erfaßt wird, handelt es sich um eine dauerhafte, abstrakte und generelle Regelung, also um einen Rechtssatz. Dieser Rechtssatz ist Bestandteil einer Rechtsverordnung, eben der AVE, zu deren Erlass der Bundesminister für Arbeit in rechtlich einwandfreier Weise durch § 5 TVG ermächtigt ist. Als Rechtsverordnung ist für die AVE kein besonderes Nachprüfungsverfahren gegeben, ihre Gültigkeit kann deshalb nur inzidenter von den Arbeitsgerichten überprüft werden. Im übrigen ist es Sache des Gesetzgebers, die AVE so auszugestalten, daß sie unter Wahrung ihres vorgegebenen Charakters als Rechtsverordnung auch allen praktischen Anforderungen entspricht.

45) Vgl. dazu bereits oben § 3, im Text zu Anm. 3 - 9.

L e b e n s l a u f
=====

Geboren wurde ich am 6. April 1935 in Stuttgart-Bad Cannstatt als Zwillingssohn des damaligen Sparkassiers und jetzigen Sparkassenoberamtmanns Erwin Lieb und dessen Ehefrau Käthe, geb. Glissmann. Die ersten drei Lebensjahre verbrachte ich in Vaihingen/Enz. 1938 siedelten wir infolge Versetzung meines Vaters nach Schorndorf über. Hier besuchte ich zuerst die Volks- und dann die Oberschule, an der ich 1954 das Abitur mit Auszeichnung bestand. Im Sommersemester 1954 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaften, wechselte zum Wintersemester 1955/56 an die Universität München über und legte hier am 16. Juli 1958 das erste juristische Staatsexamen mit der Note "gut" (3,08) ab. Daraufhin wurde ich von Herrn Prof. Dr.jur.Dr.rer.pol.h.c.Alfred Hueck als Doktorand angenommen und wählte mit seiner Zustimmung im Hinblick auf einige neuere Beiträge als Thema das von mir bereits einmal in einem veröffentlichten Seminarvortrag behandelte Problem der Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Im übrigen trat ich am 1. August 1958 in Baden-Württemberg als Gerichtsreferendar in den Vorbereitungsdienst zur zweiten juristischen Staatsprüfung ein.

